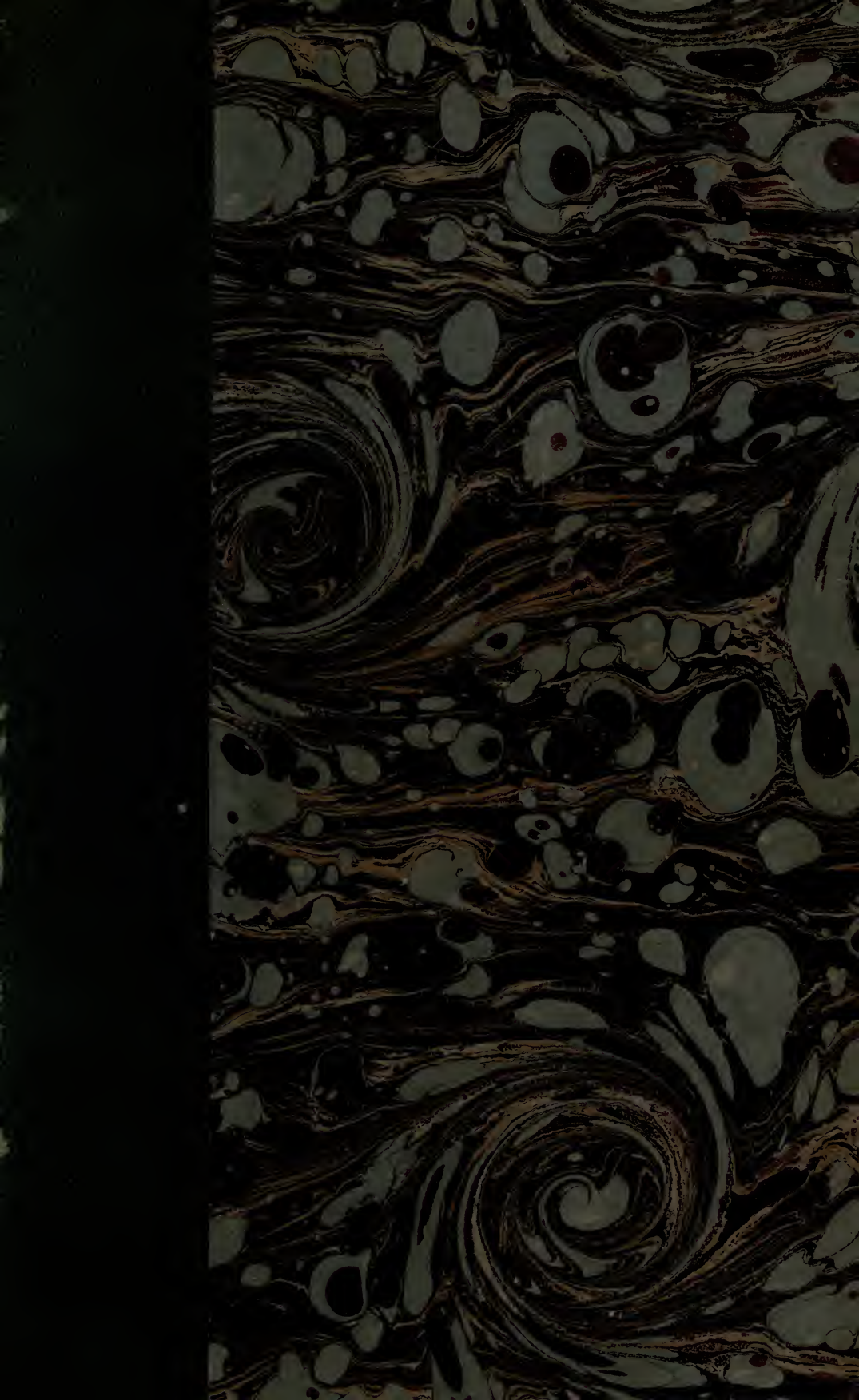


MANUEL

DES

ANTIQUITÉS ROMAINES

XVIII

MANUEL

DES

ANTIQUITÉS ROMAINES

PAR

THÉODORE MOMMSEN, J. MARQUARDT & P. KRÜGER

TRADUIT DE L'ALLEMAND SOUS LA DIRECTION DE

M. GUSTAVE HUMBERT

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Toulouse, ancien Garde des Sceaux,
ancien Vice-Président du Sénat, premier Président de la Cour des Comptes.

TOME DIX-HUITIÈME

LE DROIT PÉNAL ROMAIN

Par THÉODORE MOMMSEN

TRADUIT DE L'ALLEMAND
AVEC L'AUTORISATION DE LA FAMILLE DE L'AUTEUR ET DE L'ÉDITEUR ALLEMAND

PAR

J. DUQUESNE

Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

TOME DEUXIÈME

83393
18/9/07

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

4, Rue Le Goff, (V^e^)

1907

LIBRARY
MAY 6 - 1970
UNIVERSITY OF TORONTO

DG
77
M564
E.18

LE

DROIT PÉNAL ROMAIN

Par Théodore MOMMSEN

II

DÉDIÉ

A LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ FRÉDÉRIC-GUILLAUME A BERLIN

PAR

UN DE SES ANCIENS MEMBRES

LE
DROIT PÉNAL ROMAIN

PAR

THÉODORE MOMMSEN

TRADUIT DE L'ALLEMAND
AVEC L'AUTORISATION DE LA FAMILLE DE L'AUTEUR ET DE L'ÉDITEUR ALLEMAND

PAR

J. DUQUESNE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TOME DEUXIÈME

PARIS
ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS
ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR
LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE
4, Rue Le Goff, (V^e^)
—
1907

DROIT PÉNAL ROMAIN

LIVRE III

LA PROCÉDURE PÉNALE

SECTION I (339)

LES FORMES DE LA PROCÉDURE PÉNALE

Formes principales de procédure.

Il y a deux formes principales de procédure : le tribunal arbitral et l'inquisition.

L'État peut d'abord intervenir à titre d'arbitre dans un litige entre deux particuliers. Cette procédure exige des adversaires ; en outre, le tribunal, qu'il soit composé d'hommes dont la profession est de rendre la justice ou de jurés, statue d'après l'exposé de l'affaire qui lui est fait par les parties. Cette procédure s'applique même au délit, bien qu'elle ne soit pas tout à fait en rapport avec le caractère éthique de ce dernier (1) ; mais comme dans cette application elle ne se distingue pas essentiellement de la procédure suivie pour l'action non délictuelle, l'histoire ne peut pas en être exposée en droit pénal. L'importance de cette

(1) L'aveu, par exemple, envisagé au point de vue éthique, n'est qu'un moyen de preuve et c'est ainsi qu'il est traité dans l'action publique ; au contraire, en cas de délit privé comme en cas d'obligation privée, le *confessus* est assimilé au *judicatus*.

forme a d'ailleurs diminué ici de bonne heure et l'évolution a été sans doute plus rapide en pratique que ne le laissent entrevoir les ouvrages juridiques. Les vestiges qui subsistent de cette procédure, notamment en matière d'injure, seront mieux à leur place, si nous ne les indiquons que dans le Livre suivant.

L'État peut encore établir par ses propres recherches le tort commis et prononcer la peine. Il n'y a pas ici de parties au sens juridique du mot, on trouve en face l'un de l'autre le représentant de la communauté et l'accusé. Tandis que l'instance arbitrale repose sur la demande d'assistance faite à l'État par la personne lésée, le procès pénal public, provoqué surtout par le tort causé à la communauté, constitue un acte par lequel la communauté se défend elle-même; de même,
(340) tandis que la première procédure est dominée par les idées d'équité et de médiation, la seconde l'est par celle de légitime défense et par l'arbitraire inévitable en pareille matière. C'est de cette dernière procédure que nous voulons nous occuper ici; malgré la diversité de ses formes, elle constitue vis-à-vis de l'action privée un système homogène et distinct.

La procédure pénale publique se présente sous une double forme : sous la forme plus ancienne et originairement exclusive de l'établissement direct du délit, *cognitio* (1), et sous la forme plus récente de l'accusation, *accusatio*. Si dans tout procès pénal public l'établissement du délit a lieu au nom de l'État, ce rôle appartient dans la *cognitio* à un magistrat, représentant de la communauté, et dans l'*accusatio* à un particulier qui se charge volontairement, et toujours exclusivement pour chaque cas concret, de cette fonction publique.

---

(1) Le terme technique pour désigner originairement l'inquisition du magistrat est *quaestio* (I p. 168), mais ce mot a été détourné dans la suite de son sens primitif et transporté à la procédure de l'accusation; c'est pourquoi il faut éviter de s'en servir ici. *Cognitio* désigne à proprement parler dans le langage juridique de l'époque postérieure le jugement par le magistrat d'un procès civil ou criminel sans procédure formelle d'action, ce mot s'applique donc au procès de fidéicommis du droit privé comme à la procédure criminelle sans accusation; il est employé ici dans ce dernier sens.

Procédure de la *cognitio*.

Lorsque la *cognitio* apparaît sous sa forme pure, comme dans la procédure pénale originaire relevant exclusivement du magistrat, dans son rétablissement pour les procès devant l'empereur et ses délégués et dans la procédure extraordinaire qui à l'époque du Principat concourt avec la procédure d'accusation, elle échappe à tout exposé scientifique. Son caractère essentiel est alors l'absence légale de toute forme. Aucune forme juridique précise n'est requise ni pour l'ouverture du procès, ni à proprement parler pour sa clôture. Le magistrat peut laisser tomber le procès à tout moment et le reprendre à toute époque ; l'idée d'un acquittement réellement efficace, excluant désormais le renouvellement de la même instruction, est inconciliable avec l'essence de la *cognitio*. L'interrogatoire de l'accusé, disparu plus tard de la procédure pénale, a dû constituer au début le pivot du procès ; car personne ne peut refuser de répondre à une question posée par le magistrat. Le détenteur d'*imperium* a le droit absolu d'accueillir des dénonciations, c'est-à-dire des dépositions anticipées de témoins (1). De même, on ne peut pas lui imposer, comme on le fit plus tard vis-à-vis (341)
de l'accusateur, des limites dans son droit de citer des témoins et de les entendre. La défense s'exerce dans la mesure où le magistrat qui fait l'inquisition trouve bon de la permettre. Si le sentiment de la justice et la coutume se rencontrent pour interdire d'enlever à l'accusé la faculté de se faire entendre, on a par contre certainement considéré comme permis, et même dans certains cas comme imposé par les circonstances, de ne pas autoriser dans cette procédure issue du droit de la guerre la défense par l'intermédiaire de tierces personnes. Sans doute, le magistrat doit respecter les limites fixées par la coutume ou par la loi aux pouvoirs de l'État, comme la défense des mutilations corporelles et la restriction de la torture aux esclaves; mais toutes les autres règles de conduite qui se présentent comme ayant une portée générale, par exemple

(1) Une personne en servitude pour dettes, maltraitée par son maître, se plaint — sans droit formel, semble-t-il — aux consuls (*querellam ad consules detulit*) qui font arrêter le maître (*Val. Max.*, 6, 1, 9).

celles d'après lesquelles il ne faut pas prendre en considération la dénonciation dans laquelle l'auteur tait son nom (1), ni la déposition de l'esclave contre son propre maître (2), ni la déposition de l'esclave qui n'est pas donnée dans un interrogatoire avec torture (3), ne sont pas de véritables prescriptions positives ; elles sont seulement des directions données par la saine raison humaine ou par les conditions de la vie, aussi n'ont-elles jamais été appliquées sans exceptions (4).

Développement de la vieille procédure pénale.

Il est évident que le droit pénal public dans sa forme la plus ancienne ou, comme on peut encore l'appeler, la coercition originaire du magistrat, livre l'individu à l'arbitraire illimité du magistrat ; or, comme tout le développement interne de l'Etat romain tend à enchaîner l'*imperium* par la loi, ce mouvement se traduit en premier lieu par la restriction du pouvoir pénal du magistrat vis-à-vis du citoyen. Cette limitation de
(342) puissance se réalise tout d'abord par la substitution en matière capitale de la procédure des magistrats et des comices à l'ancienne forme de la procédure pénale publique. Mais en opérant cette réforme on n'a nullement abandonné le principe de la *cognitio*, on n'a nullement cessé de confier au magistrat le soin d'établir les délits, la compétence de ce dernier n'a même pas subi de restrictions, le seul but de l'innovation a été de permettre au citoyen de porter par un appel à effet suspensif la sentence du magistrat devant l'assemblée du peuple et de conférer à celle-ci la faculté d'annuler cette sentence. En ou-

---

(1) Trajan, *Ad Plin.*, 98 : *sine auctore propositi libelli* [*in*] *nullo crimine locum habere debent* ; *nam est pessimi exempli nec nostri saeculi res est.* Non seulement on ne donne pas suite au libelle diffamatoire (*libellus famosus*) anonyme, mais on procède même, comme nous l'exposerons dans le Livre suivant à propos des injures, par voie d'inquisition contre leur auteur.

(2) Cpr. la Section relative aux moyens de preuve.

(3) Cpr. la même Section.

(4) A la suite de la dénonciation faite par des esclaves de Régulus d'après laquelle des prisonniers de guerre carthaginois, détenus dans la maison de ce dernier, y auraient été maltraités, les tribuns de la plèbe menacent le coupable d'une action capitale (Diodore, p. 566). Si nous connaissions tant soit peu le procès de meurtre de l'ancien temps, nous y rencontrerions de nombreux cas de ce genre.

tre, il faut relever comme circonstance d'une importance considérable pour le développement de la procédure pénale qu'afin de donner au peuple la possibilité de se prononcer on a dû lui présenter non seulement la sentence, mais aussi ses motifs, c'est-à-dire les preuves de la faute commise. C'est pour cela qu'on a vu apparaître auprès de l'inquisition non formelle du magistrat une procédure postérieure à celle-ci et préalable à la sentence du peuple, appelée *anquisitio*, et dans laquelle on trouve un système de citation bien arrêté, des jours de comparution fixés et une réglementation des débats qui admet à la fois la défense personnelle et la défense par l'intermédiaire de tiers (I p. 189 et sv.). Si, dans la procédure pénale relevant exclusivement du magistrat, celui-ci apparaît comme juge répressif, il prend dans l'*anquisitio* une position correspondant en substance à celle du ministère public. Nous avons déjà exposé le peu de renseignements que des documents insuffisants nous fournissent sur cette procédure d'*anquisitio*. Il n'est pas douteux que, dans la mesure où le droit romain a construit une procédure pénale formelle, la première pierre en a été posée dans l'*anquisitio*.

Insuffisance de la procédure pénale.

A raison de sa structure même, la procédure d'instruction républicaine peut être appliquée avec la plus haute énergie, et le récit détaillé que nous possédons du procès des Bacchanales nous montre (I p. 174, n. 1) la large étendue et la grande rigueur avec lesquelles l'inquisition républicaine peut remplir sa fonction. Dans l'enceinte de la Rome ancienne, au sein d'une civilisation peu intense et grâce à l'action permanente du Sénat sur les différents magistrats, l'*imperium* a certainement pu, malgré son annuité, assurer efficacement le maintien de la tranquillité publique dans la cité. Toutefois, l'insuffisance de la vieille procédure pénale publique se manifestait déjà à cette époque: les restrictions apportées à l'arbitraire du magistrat ne protégeaient, sauf des exceptions éphémères, que le citoyen mâle et ne le faisaient même que dans la ville de Rome. Mais le fait le plus caractéristique, — car les femmes et les non citoyens n'occupèrent qu'une place secondaire dans le développe-

ment politique de Rome — fut que les magistrats chargés d'appliquer le droit pénal public négligèrent leur mission vis-à-vis des délinquants de droit commun, tandis que les procès politiques devinrent dans les mains des tribuns de la plèbe une
(343) arme puissante et souvent utilisée par le parti aristocratique et le parti démocratique, bien qu'elle fût surtout à la disposition de ce dernier. Ces vices de la procédure pénale publique amenèrent sa transformation radicale dans le dernier siècle de la République et l'on vit apparaître alors le système d'accusation déjà indiqué au début de la présente Section.

Naissance de la procédure d'accusation.

La conception, d'après laquelle l'accusation du droit pénal est le transfert dans la procédure pénale publique de la forme de procès du droit privé, de l'instance arbitrale entre le demandeur et le défendeur, est exacte à tous égards pour les débuts du nouveau régime (1) et elle reste même dans le système développé la règle directrice et formelle pour de nombreuses et importantes questions. Notre exposé postérieur le montrera. Mais au point de vue des principes, la procédure d'accusation se rattache plutôt à la règle qui domine le droit pénal public, d'après laquelle c'est l'État lui-même qui établit l'existence du délit, comme il prononce la sentence. Par contre, on fait ici un pas de plus dans la voie de la restriction des droits du magistrat : on lui enlève une fois pour toutes la recherche des délits pour la confier à un représentant de la communauté qui n'est pas magistrat. Le droit de prononcer la sentence continue d'appartenir au magistrat, qu'il l'exerce comme président d'un collège, comme cela a lieu dans la procédure des jurys de la capitale et dans le procès consulaire-sénatorial, ou que, suivant la forme dominante à l'époque impériale, il tranche personnellement la question de faute en s'adjoignant un *consilium* consultatif. Si, dans cette procédure, le rôle d'accusateur n'est

(1) Nous avons déjà rappelé (I p. 235 n. 1) que le procès de *repetundae*, d'où est issu la procédure des *quaestiones*, n'est au début qu'une *condictio indebiti* et n'a même pas plus tard complètement dépouillé ce caractère originaire.

pas attribué à un magistrat, à la différence de ce qui a lieu dans la procédure fiscale de l'époque impériale où cette mission est donnée à l'*advocatus fisci* et dans nos droits modernes où elle est confiée au ministère public, cela tient sans doute à la réunion de ces deux circonstances, que la décision du magistrat peut bien être rectifiée par une décision des comices et non par une sentence des jurés et que le système d'accusation prend précisément naissance dans la procédure du jury. C'est pour cette raison qu'on substitua à la procédure préalable de l'*anquisitio* un système d'action imité des procès du droit privé.

Le principe de la procédure d'accusation.

Si la *cognitio*, à raison de son absence de formes, et si l'*anquisitio*, par suite de l'insuffisance de nos renseignements, ne peuvent retenir ici notre attention qu'incidemment, nous devons par contre tenter de donner à cet endroit un exposé d'ensemble de la procédure d'accusation. Sans doute, cette procédure apparaît au point de vue législatif comme organisée par une série de lois spéciales visant les différents jurys établis chacun pour une catégorie de délits ; mais, dans toutes ces règlementations, on retrouve le principe de la répression du tort causé à la communauté par un représentant volontaire (1) et suivant des formes de procédure plus rigoureuses que celles du procès de droit privé (2). En outre, la double loi de César sur les *judicia publica* et les *judicia privata* permet d'admettre l'existence, au point de vue théorique, d'un système de procédure pénale homogène et distinct du système de procédure civile (3). (344)

---

(1) Lorsque la victime seule a le droit d'intenter l'action, la notion d'action pénale publique est exclue par la force des principes. Il peut même se faire que par exception les formes du *judicium publicum* soient suivies dans ce cas comme cela a lieu pour l'action d'injures graves, l'instance n'en reste pas moins un *judicium privatum* (I p. 224 n. 1). Dans le procès de *repetundae*, la personne lésée voit son caractère de demandeur intéressé s'effacer si nettement derrière son rôle de représentant de la communauté qu'on ne peut pas, abstraction faite des débuts de cette action, lui appliquer la même conception (*loc. cit.*).

(2) C'est là que réside la différence entre le *judicium publicum* et l'*actio popularis*.

(3) Nous n'avons pas un exposé suivi de ce système de procédure, sem-

L'influence de la procédure privée, dont l'organisation est depuis longtemps complètement achevée, donne à la nouvelle procédure pénale publique une forme bien arrêtée. Elle se manifeste surtout dans la distinction et dans la fixation des catégories de délits. Dans l'ancienne procédure pénale, il n'a pu y avoir que des tentatives en ce sens ; des témoignages exprès nous attestent que dans la procédure relevant exclusivement des magistrats, comme dans celle des magistrats et des comices, des délits d'espèces différentes pouvaient être réunis dans un seul procès pénal (I p. 237) et il est très vraisemblable que si, dans la procédure d'accusation, le meurtre, le vol de grand chemin et l'incendie volontaire sont maintenus dans une même catégorie juridique et s'il y est fait de la notion de perduellion une application qui échappe à toute délimitation formelle, il y a là des répercussions du vice radical inhérent à l'ancienne procédure pénale. Au point de vue procédural, l'ouverture de l'instance fut ici, par suite d'une réaction de la *litis contestatio* du droit civil, nécessairement fixée d'une manière plus nette ; mais il fallait d'autre part, comme cela eut lieu notamment pour la citation des témoins, attribuer au demandeur, représentant de la communauté, pour lui donner les moyens de réunir les preuves, des pouvoirs plus étendus que ceux du demandeur de l'action privée, sans qu'ils atteignissent cependant ceux dont jouit le magistrat dans l'action pénale publique. Si
(345) le magistrat qui abusait de son pouvoir répressif voyait tout au plus casser son jugement, dans le nouveau système de procédure pénale le demandeur qui abusait de son droit d'accusation était puni comme cela avait lieu depuis longtemps en cas d'action privée intentée par esprit de chicane. Il fut aussi bientôt nécessaire, ce qui n'eut jamais lieu pour le magistrat, que des lois promissent au demandeur, en cas de succès de son accusation, des récompenses en retour du service qu'il rendait à la communauté sans y être astreint par aucune fonction.

---

blable à celui que Gaius nous donne dans son livre IV ; les tentatives faites en ce sens au livre V des Sentences de Paul et au livre 48 des *Dig.* sont incomplètes.

Habitués à considérer l'État comme une machine dont le fonctionnement est mécaniquement réglé, il nous paraît contraire à cette notion que l'intervention de l'État en matière de délits publics dépende de l'offre volontaire que fait un particulier de se charger du rôle pénible et odieux de ministère public. Toutefois, quiconque examine attentivement l'état de choses existant lors du déclin de la République reconnaitra en ceci plutôt un relèvement qu'une décadence de la répression des délits par l'État. Sans doute, les détenteurs d'*imperium* et leurs auxiliaires n'avaient pas seulement le droit de punir les délits qui rentraient dans leur compétence, ils y étaient même obligés à raison de leur charge; mais l'éxécution de ce devoir n'était pas soumise à un autre contrôle que celui de leur conscience. Lorsque le nouveau système de procédure apparut, l'intervention de ces personnes semble n'avoir été en fait qu'une exception. Elle avait bien lieu en cas de délit commis en bande ou de tout autre trouble manifeste de l'ordre public, mais, en dehors de là, leur inaction était aussi fréquente que juridiquement impunie et l'organisation de l'État romain ne permettait pas aisément d'établir des peines pour ce manquement aux devoirs de leur charge. Le nouveau système de procédure constituait une amélioration. La faculté accordée à toute personne d'intenter l'action pénale appelait surtout au rôle d'accusateurs ceux que le délit lésait personnellement d'une manière quelconque, elle poussait aussi à se charger de ce rôle toute la jeunesse ambitieuse des hautes classes. Une fois l'action pénale introduite de cette manière, le préteur de la *quaestio* ne pouvait certainement pas la repousser sans motif juridique, pas plus que le préteur urbain ne pouvait le faire pour l'action privée; — le préteur de la *quaestio* était en effet obligé, lorsque les conditions légales de l'action étaient réunies, d'admettre celle-ci, sinon à raison de la déclaration expresse d'un édit, car ce préteur publiait vraisemblablement aussi des édits (I p. 237 n. 4), du moins à raison de l'acceptation de sa fonction elle-même —. Ces innovations activèrent probablement la répression des délits, mais elles déchaînèrent du même coup

Spontanéité de l'accusation.

l'esprit de vengeance et de chicane comme pour prouver qu'un mal politique ne peut guère être combattu que par un mal du même genre. Les inconvénients de ce système ne manquèrent évidemment pas de se faire sentir. Nous avons
(346) déjà mentionné dans le Livre précédent (I p. 350 n. 2) une affaire de l'époque de Sylla, où un meurtrier, conduit devant les autorités chargées du service de sûreté, y avouait son crime, mais ne faisait l'objet d'aucune autre poursuite, parce que le magistrat laissait tomber la procédure et que personne ne la reprenait. Cette conduite fut certainement désapprouvée, mais il n'y avait pas, que nous sachions, de remède là contre à l'époque républicaine. La règle est certaine : la procédure pénale publique doit depuis l'époque des Gracques (1) se dérouler comme la procédure civile dans la forme de l'accusation (2) et la seule obligation que la loi impose aux magistrats chargés de la juridiction est celle d'accueillir ces actions.

La *cognitio* sous le Principat.

Sous le Principat, les rênes du gouvernement sont à cet égard, comme aux autres points de vue, fortement tenues. Apparem-

---

(1) Il est à peine besoin de relever qu'au dernier siècle de la République, au moins pour la perduellion, la vieille procédure pénale subsiste en droit, quoique peu usitée, et que l'action délictuelle privée fonctionne à côté de l'action publique.

(2) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 20, 56 : *nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest.* Lettre attribuée faussement à Marc-Aurèle (*Vita Cassii*, 2) : *non possumus reum facere, quem nullus accusat.* Cette règle s'applique surtout à l'époque postérieure. Un édit de Constantin de 314 ou 319 sur la procédure pénale (Bruns, *Fontes* [6], p. 249 ; partiellement, *C. Th.*, 9, 5, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 3) ordonne d'admettre l'accusateur sous sa responsabilité sanctionnée par le droit pénal, mais d'écarter la dénonciation, — appelée ici *delatio* — et même de la punir. Une constitution d'Honorius, *C. Th.*, 9, 1, 19 = *C. Just.*, 9, 2, 17, exige aussi nettement l'accusation et Ammien (14, 1, 5. c. 9, 6) qualifie d'abus de pouvoir la procédure pénale sans accusation. Lactance, *De mort. persec.*, 40 : *rapiuntur mulieres non ad judicium, sed ad latrocinium; nec enim quisquam accusator extabat.* Ambroise (*Ep.*, 1, 5,) reproche sévèrement à Syagrius, évêque de Vérone, d'acueillir l'imputation d'immoralité élevée contre une religieuse sans le *delationis nexus : si leges publicas interrogamus accusationem exigunt.* — L'interdiction d'accusation, telle qu'elle a été formulée temporairement pour certaines catégories de crimes de lèse-majesté (Dion, 68, 1), n'est qu'une manière détournée de suspendre les lois pénales elles-mêmes.

ment, on s'attache à la règle que la procédure pénale ordinaire réclame un accusateur volontaire (1) ; mais au fond le magistrat tend de nouveau et dans une mesure toujours croissante à agir seul dans la procédure pénale. Les droits du magistrat chargé de la juridiction pénale sont à cet égard plus étendus que ses devoirs. Il doit accueillir l'accusation formée, mais en vertu d'un pouvoir discrétionnaire dont les limites échappent certainement à une fixation légale ; il peut, comme en droit civil, lorsque les lois n'accordent aucune action, liquider par voie d'inquisition personnelle la prétention élevée ; c'est ainsi surtout qu'il a dans la procédure pénale, lorsque les lois (347)
ne prescrivent pas d'action privée ou ne donnent même aucune action, prononcé des peines publiques après avoir procédé à l'inquisition. Telle est la base de la procédure pénale extraordinaire de nos sources juridiques, c.-à-d. de la *cognitio* du droit pénal ; son criterium est, par opposition à la nécessité légale d'admettre l'action qui caractérise la procédure d'accusation, la faculté pour le magistrat d'appliquer une procédure pénale sans accusation formelle, notamment d'accorder au dénonciateur l'assistance judiciaire qu'il désire, quoiqu'elle ne soit pas légalement prescrite (2). De même, si celui qui a droit à une action civile réclame une répression publique, le magistrat peut le renvoyer à l'exercice de cette action privée (3) ou l'admettre à l'accusation (4). Cette forme d'in-

(1) Les preuves en ce sens sont réunies dans la note précédente.

(2) On peut signaler comme caractéristique en ce sens la répression de la *calumnia* dans la procédure d'accusation et dans la *cognitio*. Le juge répressif doit punir d'une manière déterminée l'accusateur qui a agi par *calumnia* ; il peut punir, s'il le veut et comme il le veut, le dénonciateur coupable de la même faute. Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 93 : *visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione* (cpr. 47, 15, 1) *coercendam*.

(3) Cela s'appelle *ad jus ordinarium remittere* (*Dig.*, 47, 17, 2), *ad forum remittere* (*Coll.*, 7, 4, 1. 11, 4, 1. c. 6, 1. 12, 6, 1) *ad examinationem civilem remittere* (*Dig.*, 47, 14, 1, 4). Lorsque le magistrat refuse la *cognitio*, c'est-à-dire la procédure *extra ordinem* (*Coll.*, 7, 4, 1), cela ne conduit pas nécessairement à l'action civile, mais laisse l'accusation possible (n. 4). On rend la distinction moins nette lorsqu'au lieu de mettre en regard de l'inquisition du magistrat l'action avec parties, on lui oppose l'action civile.

(4) On ne peut concevoir que de cette manière la possibilité de l'accusation en cas de vol d'hérédité (*Dig.* 47, 11, 3), d'*abigeatus* (*C. Th.*, 2, 1,

tervention de la justice, extraordinaire par son origine et d'après son nom, est, à raison de son grand développement, devenue une procédure ordinaire. Sous le Principat, par suite du ralentissement de l'activité législative, d'une part, et, d'autre part, sous l'influence des précédents judiciaires créés par les magistrats et les rescrits spéciaux de l'empereur, on en est arrivé à considérer que les autorités répressives n'étaient guère moins obligées de recourir pour certains délits à la procédure plus rapide et plus énergique de la *cognitio* que d'admettre l'accusation.

Cas de *cognitio* dans le droit pénal de la dernière période.

(348) A côté de la procédure d'accusation, d'une application générale en droit strict, la *cognitio* du droit pénal embrasse un large domaine qui va toujours s'étendant (1). Les procès devant les consuls et le Sénat n'appartiennent aux *cognitiones* qu'autant que l'autorité n'est pas obligée de les admettre et n'est pas légalement tenue de suivre la forme de l'accusation, bien que cette forme y soit ordinairement adoptée (2). Le procès criminel devant le gouverneur de province ne comporte pas de jurés, mais la forme de l'accusation y est déjà appliquée à l'époque républicaine, même contre des non citoyens, et sous le Principat, elle y est, vis-à-vis du citoyen, de règle tout autant qu'à Rome (I p. 279). Par contre, dans la procédure pénale devant les délégués impériaux, on a non seulement pu faire abstraction de la forme de l'accusation, mais on s'en est même régulièrement abstenu; car l'observation de cette forme renferme en elle-même une certaine limi-

---

8, 1 = *C. Just.*, 9, 37, 1), de vol ordinaire (*Dig.*, 47, 2, 93) et de stellionat (*Dig.*, 47, 20, 2).

(1) Au sens strict du mot, il n'y a eu comme procédures d'accusation que les procès devant les préteurs criminels de la capitale; même les procès devant le gouverneur de province ne peuvent pas être considérés comme *judicia legitima*. Mais on peut élargir le domaine de l'accusation aussi loin qu'il s'étend en fait, c'est-à-dire lui faire notamment embrasser tous les cas où il y a punition et récompense d'accusateurs.

(2) Nous n'avons qu'un seul exemple d'une peine prononcée par le Sénat sans accusation : au cours d'un procès on découvre qu'un avocat a commis un délit de *repetundae* et immédiatement on requiert une peine contre lui (Pline, *Ep.*, 5, 13. Cpr. 4).

tation de pouvoirs qui n'est pas pleinement conciliable avec la souveraineté du monarque. En dehors des tribunaux suprêmes et souverains, la *cognitio* doit avoir eu un large champ d'application. Cela résulte, d'une part, de l'absence de toute obligation d'accuser et, d'autre part, de ce fait qu'un grand nombre d'individus ne peuvent pas accuser ou ne le peuvent qu'exceptionnellement (1). Il était pratiquement impossible d'ignorer les dénonciations de certaines personnes, notamment des esclaves (2), et il ne pouvait en être tenu compte que dans la procédure d'office. La pratique s'est certainement montrée plus libérale que ne l'indiquent les ouvrages juridiques pour admettre la *cognitio*, soit dans les cas où l'accusation était prescrite mais où aucun accusateur ne se présentait, soit dans des affaires pénales qu'une loi ne soumettait pas à la procédure d'accusation. Nous dressons ici la liste des nombreux cas dans lesquels la *cognitio* était admise d'après ces ouvrages juridiques.

1. En cas de délit commis par un esclave l'accusation était juridiquement permise, mais la procédure d'office ne l'était pas moins (p. 81). Or, comme on ne trouvait pas facilement d'accu- (349)
sateurs pour de tels délits, la *cognitio* a en fait ici prévalu dans la mesure où l'intervention judiciaire de l'État n'était pas rendue superflue par l'exercice que le maître faisait de sa puissance. Ainsi notamment, il semble, comme nous l'exposerons dans le Livre IV, que, déjà d'après le droit républicain, l'instruction ait été conduite de cette manière, lorsqu'en cas de meurtre les esclaves de la victime étaient soupçonnés du crime (3).

---

(1) Dans Tacite, *Ann.*, 13, 10 : (*non receptus est*) *inter reos Carrinas Celer senator servo accusante*, il est peut-être fait allusion à l'esclave qui accuse son maître ; toutefois la condition inférieure du dénonciateur a dû provoquer fréquemment le rejet de la dénonciation.

(2) On peut considérer comme moyen normalement employé la transmission de la dénonciation par les esclaves, les femmes et les étrangers à une personne qui pouvait et voulait s'en charger. C'est ainsi, par exemple, qu'aux *Dig.*, 48, 10, 24, une falsification de testament est dénoncée par l'esclave à son maître. Le cas de Vettius (Cicéron, *Ad Att.*, 2, 24, 3) nous montre comment on procédait déjà à l'époque républicaine avec des dénonciateurs gênants.

(3) Dans les fragments de Bruxelles provenant des Institutes de Paul (vol. 3, p. 297 de la *Coll. libr. jur. Antejust.* [Girard, *Textes* 3, p. 431]), la pro-

2. La même observation peut être vraisemblablement faite pour le non citoyen. Sans doute, l'accusation pouvait être dirigée contre lui, mais il semble que, notamment devant le gouverneur de province, cela n'ait été nullement de règle (1).

3. Dans la mesure où l'on permettait aux femmes d'accuser (cpr. la Sect. III du présent Livre) elles n'étaient pas exposées, ainsi que nous le montrerons plus loin, à une contre-action pour cause de *calumnia*, et l'action ainsi provoquée pouvait, dans une conception rigoureuse, être considérée comme un cas de *cognitio*.

4. Lorsqu'un fait, que le droit pénal ne visait pas ou réprimait simplement comme délit privé, était frappé d'une peine publique, la répression avait régulièrement lieu par voie de *cognitio*, de telle façon que l'accusation, qui éventuellement avait pu se produire ici, était traitée comme dénonciation. Nous avons toutefois déjà fait remarquer (II p. 11 n. 3) que dans la mesure où cette intervention extraordinaire de la justice n'était pas devenue en fait une intervention ordinaire, le magistrat avait la faculté de refuser la *cognitio* et de renvoyer le dénonciateur à l'action civile ou à l'accusation.

(350) 5. Dans le cas des recherches exposées dans le Livre précédent et entreprises par les autorités municipales (I p. 362

---

cédure *extra ordinem*, qui doit être intentée *sine respectu loci temporis condicionis dignitatis* (*sive sit servus sive sit liber*, est-il dit de l'accusateur), est prescrite pour deux cas : *si quis accusatur de morte patris aut de eo, quod dominum morti tradere voluerit.*

(1) Pline (*Ad. Traj.*, 96) inflige par voie de *cognitio* aux non citoyens, qui lui sont dénoncés comme chrétiens, des peines qui vont jusqu'à la peine de mort ; rien n'indique qu'il s'agit ici d'une procédure d'accusation. Ces jugements ne reposent pas sur le *jus gladii* que Pline pouvait difficilement avoir (I p. 284 n. 4), mais sur son *imperium* proconsulaire ; celui-ci renferme le pouvoir illimité de coercition et comporte parfaitement la faculté de prononcer de pareilles sentences. L'instruction provoquée en l'an 108 devant un stratège d'Egypte à l'occasion d'un incendie volontaire (περὶ τοῦ ἐμπησμοῦ, est-il dit dans le titre, *Berl. Pap.* 163, ζητῶ [πῶς ἐγ]ένετο καὶ τί ἀπηργήσατο) appartient sans doute au droit pénal égyptien (I p. 133) ; à la suite de la dénonciation d'un certain Harpagathès, le greffier du village amène devant le stratège les prétendus coupables ; ceux-ci protestent de leur innocence et désignent le dénonciateur comme l'incendiaire.

sv.) ou de l'Empire (I p. 357 sv) contre les individus dangereux et coupables, de même que dans toutes les dénonciations de délits faites d'office par les subalternes et les autorités inférieures, la procédure d'accusation, comme nous l'avons montré à propos du service de sûreté (I p. 363) n'était pas impossible; mais c'était ordinairement la *cognitio* qui avait ici lieu. On agissait de même lorsqu'un voleur de grand chemin était livré par un particulier à l'autorité publique (1).

6. Pendant la dernière période, la procédure d'office avait lieu, en l'absence d'accusateur, dans les cas suivants : surtout en cas de crime de lèse-majesté (2), mais aussi pour les crimes de faux en matière de monnaie (3), pour certains délits religieux (4), pour le meurtre des proches (5), dans certaines circonstances pour le meurtre simple (6), en cas de magie (7), de

(1) *Dig.* 48, 18, 1, 26.

(2) En cas de crime de lèse-majesté, le tribunal admet la dénonciation de l'esclave même contre son maître. Paul, 5, 13, 3. Hermogénien, *Dig.*, 5, 1, 53. 48, 4, 7, 2. *C. Th.*, 9, 6, 2. 3 (= *C. Just.*, 9, 1, 20). *C. Just.*. 10, 11, 6. c. 8, 6. On punit également ici celui qui ayant connaissance du délit ne l'empêche pas ou ne le dénonce pas (I p. 106 n. 1). — Il faut tenir compte dans les délations dirigées contre les chrétiens (Eusèbe, 4, 13. 26; Tertullien, *Apol.*, 5) de ce fait qu'elles appartiennent à la catégorie des procès de lèse-majesté et que par conséquent la forme de la *cognitio* est ici possible de plein droit. On doit aussi se rappeler, pour expliquer l'absence ordinaire d'accusateur, que les témoignages qui nous sont parvenus mentionnent toujours l'aveu de l'inculpé et que le simple abandon de la religion défendue fait disparaître l'accusation, donc que toute prestation de preuve fait ici défaut.

(3) *Dig.*, 5, 1, 53. *C. Th.*, 9, 21, 2 (= *C. Just.*, 9, 24, 1). Dans ce cas, on traite également comme complice celui qui a connaissance du délit sans l'empêcher ou le dénoncer (I p. 106 n. 2).

(4) Manichéisme : *C. Th.*, 16, 5, 9 : *sublimitas tua det inquisitores, aperiat forum, indices denuntiatoresque sine invidia delationis accipiat.* Profanation des églises : *C. Th.*, 16, 2, 31 = *C. Just.*, 1, 3, 10. Blasphème: *Nov.* 77.

(5) Paul le dit expressément dans le fragment de Bruxelles cité II p. 13 n. 3. La dénonciation a dû être requise ici dans la mesure où la connaissance du délit y est punie comme complicité (I p. 106 n. 3); car personne n'est ici contraint à l'accusation.

(6) Dioclétien (*Cod.*, 1, 19, 1) ordonne le procès sur le fondement de la dénonciation du meurtrier de son maître faite par l'esclave ; d'où il paraît résulter que la dénonciation de l'esclave à l'égard d'un autre meurtre ne devait pas être admise. S'il se fût agi ici de personnes libres, l'accusation eût été requise.

(7) *C. Th.*, 9, 16, 11 (= *C. Just.*, 9, 18, 9).

(351) violence (1), d'inceste (2), de rapt (3), de relations sexuelles entre une femme et son esclave (4), de faux (5), d'accaparement de grains (6), de libelle diffamatoire (7). Il est difficile que l'application de cette procédure se soit restreinte aux cas qui nous sont accidentellement rapportés ; de même l'exclusion rigoureuse de la dénonciation anonyme (II p. 4 n. 1) et de la dénonciation de l'esclave vis-à-vis de son propre maître nous oblige déjà à admettre, notamment pour la dernière période, qu'en cas d'autres dénonciations, la répression judiciaire a bien pu être refusée pour certains délits, par exemple pour l'adultère, mais ne l'a certainement pas été en fait pour tous les délits.

Situation respective de l'accusation et de la *cognitio* pendant la dernière période.

Pratiquement, on admet en règle générale dans la procédure pénale de la dernière période tant l'accusation que la *cognitio*, mais la première est préférée à la seconde. Etant données la mollesse et la lenteur inhérentes à toute bureaucratie, on a, tout en étendant le champ d'application de la *cognitio*, reconnu dans une certaine mesure l'obligation pour l'État d'intervenir pour punir les délinquants ; en même temps, le système de l'accusation volontaire n'était pas seulement maintenu dans les *judicia publica*, il était aussi étendu aux délits publics pour lesquels le droit strict excluait cette accusation ; toutefois des efforts étaient faits pour parer jusqu'à un certain point, par une augmentation démesurée des peines de la *calumnia*, aux inconvénients indéniables qu'engendrait la faculté pour toute personne d'intervenir spontanément comme ministère public. L'accusation de cette époque n'est pas autre

---

(1) D'après une constitution de 395 (*C. Th.*, 2, 1, 8, Altéré = *C. Just.*, 8, 4, 8), la *vis publica* ou *privata* doit être traitée *interdum etiam sine inscriptione*.

(2) D'après Papinien (*Dig.*, 48, 5, 39, 7), on négligera plutôt de punir l'inceste, *si nemo reum postulavit*.

(3) *Cod.*, 1, 3, 53, 3 = 9, 13, 1, 3. *Inst.*, 4, 18, 8. On punit également ici celui qui a connaissance du délit (I p. 106 n. 4).

(4) *C. Th.*, 9, 9, 1 (= *C. Just.*, 9, 11, 1).

(5) Dans certains cas l'autorité peut admettre le procès *sine inscriptione*: *C. Th.*, 9, 19, 4, 4 (modifié *C. Just.*, 9, 22, 23). — La *cognitio* est également possible pour fausse indication dans le *census* (*Dig.*, 5, 1, 53).

(6) *Dig.*, 5, 1, 53. 48, 2, 13. tit. 12, 1.

(7) Edit de Constantin *de accus.* (II p. 10 n. 2). *C. Th.*, 9, 34, 1.

chose qu'un moyen de restreindre l'usage dangereux et odieux de la dénonciation en contraignant le dénonciateur à l'accusation partout où c'était possible, et en le rendant ainsi responsable de tout abus du droit d'accusation, tandis que les magistrats étaient du même coup déchargés du soin de rechercher les délits. Le système n'était peut-être pas rationnel, il était certainement commode.

SECTION II

COMPÉTENCE — LIEU ET TEMPS DES PROCÈS

Généralité de la responsabilité criminelle.

Toute action, dans laquelle la personne qui agit, la volonté qui la détermine à agir et le fait accompli rentrent dans la notion romaine de délit, donne lieu, en supposant que la loi romaine s'applique à ce délit, à la procédure pénale romaine. Le droit romain ne connaît pas d'exemption permanente de cette procédure. Mais comme le pouvoir répressif de l'État ne se manifeste que par la magistrature, le magistrat romain ne peut être soumis à ce pouvoir qu'autant qu'il est distinct du magistrat qui exerce la puissance pénale de l'État et lui est subordonné. Le magistrat suprême est donc soumis à la loi pénale, mais, tant qu'il est en fonction, il est soustrait à toute procédure répressive. Lorsque sa charge est à vie, comme cela était le cas originairement pour le roi et plus tard pour le *princeps*, le procès et la peine ne sont possibles contre lui qu'autant qu'il abandonne sa fonction. Dans les cas où ce procès et cette peine sont admis contre un mort, ils peuvent avoir lieu même après le décès du magistrat, comme nous l'avons exposé dans le Liv. I (I p. 95). La fonction est-elle temporaire, l'action pénale sommeille jusqu'à la sortie de charge, si celui que l'on doit accuser ne peut être contraint à répondre à la citation du magistrat investi de la juridiction (1). —

Suspension temporaire de cette responsabilité.

(1) Cicéron, *De l. agr.*, 2. 13, 34. Tite-Live, 30, 24. *Dig.*, 4, 8, 3, 3. 1. 4. 47, 10, 32. *St. R.*, 1, 705 [*Dr. publ.*, 2, 390]. Un questeur ayant, dans une ins-

Abstraction faite de ce droit du magistrat supérieur de consi- (353)
dérer comme non avenue la citation de comparaître faite par un magistrat inférieur, le procès est régulièrement suspendu, lorsque l'accusé est retenu par des affaires publiques (1). Cette règle s'applique notamment aux personnes absentes d'Italie pour le service de l'armée ou pour tout autre service d'État (2); on leur assimile sous le Principat les troupes qui sont en service à Rome (3). Les magistrats présents au siège du tribunal jouissent de la même exemption; elle ne leur est peut-être pas donnée par une prescription législative générale (4), mais elle leur est du moins généralement attribuée pour les procès criminels par les différentes lois spéciales (5). Il en résulte que l'entrée en fonctions (6) et déjà même l'approche de ce mo-

---

truction ouverte sur un mandat des consuls et du Sénat, reçu des dénonciations contre le préteur César, celui-ci le fit arrêter pour ce motif (*quod compellari apud se majorem potestatem passus esset :* Suétone, *Caes.*, 17). — Toutefois le magistrat qui jouit de cette exemption peut se soumettre à la citation (*Dig.*, 3, 3, 54, *pr.* 46, 7, 12). Dans Valère Maxime, 6, 1, 7, un tribun du peuple est contraint par ses collègues d'accepter une action comitiale infâmante, parce que ceux-ci lui refusent l'intercession. Cette information conduit donc à la même conclusion qu'un récit analogue de Val. Max., 6, 5, 4, dans lequel les tribuns prêtent leur appui à ceux qui se livrent à des violences contre leurs collègues injustes; cela revient finalement à dire que chaque tribun devient impuissant si ses collègues lui font une opposition directe.

(1) Même dans ce cas, le magistrat peut renoncer à l'exemption comme le font les censeurs dans le cas rapporté par Tite-Live, 43, 16. Dans un procès semblable (Tite-Live, 24, 43), les tribuns défendent aux censeurs de s'engager dans le procès.

(2) La loi Memmia, promulguée avant 641/113, interdit *eorum qui rei publicae causa abessent recipi nomina* (Val. Max., 3, 7, 9). Suétone, *Caes.*, 23 : *functus consulatu... a L. Antistio tr. pl. postulatus appellato demum collegio obtinuit, cum rei publicae causa abesset, reus ne fieret. Dig.*, 48, 2, 12, *pr.* tit. 5, 16, 1. 4 (Cpr. *Cod.*, 9, 9, 15). Cette exemption s'étend au magistrat encore présent, mais obligé de partir (*Dig.*, 3, 3, 54, *pr.*).

(3) *Dig.*, 48, 5, 16, 3.

(4) D'après Aulu-Gelle, 13,13, cette règle semble n'avoir pas été formulée expressément pour l'action privée. En sens contraire, on peut invoquer *Dig.*, 4, 6, 26, 2 : *more majorum sine fraude in jus vocare non licet consulem praetorem ceterosque qui imperium potestatemve quam habent;* 2, 4, 2. 5, 1, 48. Ce dernier texte se rapporte sans doute aux magistrats municipaux.

(5) *Lex Repetundarum*, l. 8. 9. *Dig.*, 48, 2, 12, *pr.*

(6) Dion, 39, 7. 18 et ailleurs.

ment (1) rendent l'accusation impossible jusqu'à la sortie de charge (2). Nous ne savons pas avec certitude dans quelle mesure cette exemption s'est étendue aux délégués impé-
(354) riaux (3). Elle n'est pas admise sous le Principat devant les deux tribunaux suprêmes (4), elle subit une restriction en cas d'adultère (5) et de *repetundae* (6) et elle n'est pas applicable aux délits commis pendant l'exercice même des fonctions (7).

Compétence.

La compétence pour chaque délit, c'est-à-dire le pouvoir du juge répressif de citer l'accusé et l'obligation pour celui-ci de répondre à cette citation, résulte d'une manière générale des explications données dans le Livre précédent sur les autorités répressives et leur compétence. Nous groupons ici les idées directrices en cette matière.

Compétence générale des tribunaux suprêmes.

Les tribunaux généraux de l'empire romain, c'est-à-dire, sous la République le tribunal des détenteurs d'*imperium*, sous le Principat le tribunal consulaire sénatorial et le tribunal impérial, sont compétents pour tout délit, à moins que la condition personnelle de l'accusé ne rende l'emploi de la procé-

---

(1) *Dig.*, 3, 3, 54, *pr.*

(2) Accusation après la sortie de charge : Tacite, *Ann.*, 13, 44. Dion, 40, 55. 55, 10. Démission pour hâter l'accusation : Dion, 57, 21. 59, 23. 60, 7. Suétone, *Claud.*, 29. Tacite, *Ann.*, 12, 4. Il faut également citer ici l'abdication de Lentulus lors de l'instruction ouverte contre les partisans de Catilina (Salluste, *Cat.*, 47).

(3) Les légats impériaux (*Dig.*, 48, 2, 12, *pr.*) et le préfet de la Ville (*Dig.*, 2, 4, 2) jouissent de cette exemption comme détenteurs de l'imperium, mais il en a été difficilement de même pour les procurateurs, bien que ceux-ci puissent le plus souvent se prévaloir de leur absence pour affaires d'État.

(4) Cette restriction a du poids même vis-à-vis du Sénat. Tacite, *Ann.*, 2, 28. Cpr. 3, 37. Dion, 76, 8.

(5) En égard à la prescription rapide du procès d'adultère, on permet d'introduire l'instance pendant la magistrature de l'accusé, les débats seuls sont reculés (*Dig.*, 48, 5, 39, 10).

(6) *C. Th.*, 9, 27, 6 = *C. Just.*, 9, 27, 4. *Nov. Just.*, 8, 8.

(7) L'action peut être intentée immédiatement en cas d'injure commise par un magistrat pendant l'exercice de sa charge (*Dig.*, 47, 10, 32); il en est de même du délit commis par le légat proconsulaire pendant sa légation (*Dig.*, 48, 2, 12, *pr.*).

dure impossible, comme cela a lieu notamment pour le procès comitial au regard des pérégrins. L'activité de ces tribunaux n'est restreinte à la ville de Rome qu'autant que la constitution le prescrit, ce qui est le cas pour les comices et les séances du Sénat; les consuls (I p. 170) et les empereurs (I p. 311 n. 3) ont rendu la justice même hors de Rome. Cette compétence donne en outre à toutes ces autorités la faculté de faire amener devant elles tout accusé (1); on fit de ce droit l'usage le plus étendu, notamment à l'époque impériale (I p. 283).

(355) Limites de compétence pour les *judicia privata* et les *judicia publica*.

Cette compétence générale appartient aussi originairement au préteur pour l'action privée romaine; tout citoyen romain est tenu en vertu des principes de faire valoir ses droits comme défendeur devant ce magistrat et il en est de même du non citoyen, au moins lorsque celui-ci séjourne à Rome (2). Plus tard, lorsque le système de la double patrie se fût introduit pour le citoyen romain, de telle sorte qu'il eût sa patrie générale à Rome et sa patrie spéciale dans la cité où il était établi, et lorsque la juridiction romaine extra-urbaine se fût complètement développée, on vit prédominer en cette matière la division par ressorts. Désormais, abstraction faite de certaines affaires réservées (I p. 260), celui-là seul est soumis au tribunal de la capitale qui a son domicile à Rome ou y séjourne, qu'il soit citoyen ou non. Cette compétence est même restreinte, si une personne séjourne à Rome pour y remplir des devoirs de sa charge ou y accomplir d'autres obligations analogues (3). — Nous pouvons d'autant moins dire avec certitude comment les *judicia publica*

(1) C'est ainsi que Q. Pleminius est envoyé enchaîné à Rome pour y être jugé dans un procès se déroulant devant les magistrats et les comices (I p. 34 n. 2). A la suite d'une offense commise en Asie contre un magistrat romain, les accusés doivent être cités à comparaître à Rome (*eos homines consulum litteris evocandos* : Cicéron, *Verr.*, l. 1, 33, 84. 85). Cette citation est bien employée en droit pénal, mais elle est en soi un acte administratif; un dictateur rappelle de la même manière un consul, *pro jure majoris imperii*, d'Afrique à Rome.

(2) Le droit de citer le non citoyen a peut-être appartenu au tribunal urbain romain au-delà de cette limite; mais nous ne savons pas si la notion de sujet de l'empire a joué ici un rôle.

(3) *Dig.*, 5, 1, 2, *pr.* 4, 6, 28, 4. 5, 1, 7.

ont été organisés à cet égard que les lois spéciales ont certainement posé en ce qui les concerne des règles différentes et que nous manquons ici presque complètement de renseignements à leur sujet. Le principe d'universalité, qui domine le système des actions privées suivi comme modèle par les lois spéciales rendues en notre matière, s'est vraisemblablement étendu aussi aux *judicia publica*. En effet, tout délit put, du moins en cas de *repetundae*, de péculat, de lèse-majesté, *d'ambitus*, de falsification de monnaie romaine ou d'un testament romain, être poursuivi devant la cour judiciaire de la capitale qui s'occupait de ces affaires, abstraction faite du lieu du délit et probablement aussi en partie de la condition personnelle du coupable. Il n'en résultait certainement pas une compétence exclusive pour ce tribunal, quoiqu'elle eût été concevable pour plusieurs de ces délits (1). Il a dû y avoir des exceptions légales. En matière de meurtre, d'une part, la compétence de la cour judiciaire de la capitale est reconnue pour les crimes qui sont commis dans Rome ou dans le rayon d'un mille autour
(356) de Rome (2), d'autre part, son fonctionnement au delà de cette limite est également prouvé d'une manière certaine (3); il est probable qu'à l'intérieur de cette circonscription la compétence du tribunal urbain était exclusive et le magistrat était obligé d'accueillir tout procès de meurtre, tandis que la loi donnait

(1) Lorsqu'un citoyen romain, domicilié à Capoue, est accusé de s'être rendu coupable d'*ambitus* à Rome, l'affaire n'a certainement pas pu venir devant le tribunal du domicile du coupable. De même, l'*ambitus* municipal relève sans doute exclusivement du tribunal de la cité intéressée.

(2) (I p. 263). *Coll.*, 1, 3, 1 : *capite primo legis Corneliae de sicariis cavetur, ut is praetor judexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis ejus quod in urbe Roma propiusve mille passus factum sit, uti quaerat.* Des deux procès d'empoisonnement dont traite Cicéron dans le discours pour Cluentius, la tentative de meurtre attribuée à Oppianicus (c. 16) paraît avoir été commise à Rome et cela est certain pour l'empoisonnement imputé à Cluentius (c. 62, 175).

(3) Les meurtres commis en dehors des limites de l'empire romain, mais tombant sous le coup de la loi romaine, ne pouvaient absolument pas être poursuivis au lieu du délit et pour ceux qui étaient commis dans les provinces, comme par exemple pour l'empoisonnement de Germanicus à Antioche, il n'y a pas de *judicium publicum* au sens étroit du mot (I p. 263 n. 1).

au même tribunal une compétence générale facultative pour les crimes commis hors de ce rayon. Il me paraît évident qu'il était pratiquement aussi irréalisable de réserver tous les procès de meurtre au tribunal urbain qu'impossible, étant donnée l'organisation de l'empire romain, de confier la répression de ces crimes uniquement au tribunal du lieu du délit.

Compétence des tribunaux extra-urbains.

A côté des autorités répressives de Rome et de l'empire romain, deux domaines qui n'ont jamais été complètement distingués, on vit apparaître peu à peu des tribunaux avec ressort : préfectures italiques (I p. 259), gouvernements de province (I p. 269), tribunaux municipaux (I p. 260 sv.), délégations impériales restreintes à une région (I p. 315 sv.) Quant à la détermination plus précise de leur compétence, notamment dans l'exercice du pouvoir répressif qui leur est attribué, nos sources sont pour ainsi dire muettes. On peut toutefois, notamment au regard des tribunaux des gouverneurs de province de la dernière période, découvrir dans une certaine mesure les limites de compétence en vigueur pour l'administration de la justice pénale.

Forum domicilii.

Le pouvoir d'un tribunal ne s'étend en principe qu'aux parties qui lui sont soumises parce qu'elles ont leur patrie ou leur domicile dans son district (I p. 270. 271 n. 5). Le gouverneur peut citer ces personnes à son gré et, si des restrictions spéciales ne s'y opposent pas (1), il peut les faire comparaître à tout endroit de son ressort qu'il lui plaît de désigner (2). De même et en conséquence, le tribunal du ressort représente pour ces personnes l'autorité vraiment compétente (3). En cas

---

(1) Cicéron, *ad Att.*, 5, 21, 6 : *evocari ex insula Cyprios non licet*, texte qui fait allusion aux actions privées des provinciaux.

(2) Les réglements de *conventus*, arrêtés tout d'abord pour les actions privées (I p. 273), servent aussi de règle directrice pour la procédure pénale ordinaire.

(3) Les *judicia peregrina*, que prohibe une constitution de 373 (*C. Th.*, 9, 1, 10 ; analogue : 9, 1, 16), sont des actions pénales contre des personnes domiciliées hors du ressort du tribunal. Lorsque l'empereur, pour motiver sa défense, fait valoir que le procès pénal doit avoir lieu à l'endroit où le délit a été perpétré, cette argumentation paraît reposer simplement

(357) de coercition et d'une manière générale en cas de *cognitio*, ce principe était inapplicable déjà par ce seul fait que le magistrat en pareil cas ne connaissait souvent au début que le fait punissable et non l'auteur; dans la procédure d'accusation au contraire, on put, en s'inspirant des règles de l'action privée, attacher l'action pénale au domicile du délinquant et attribuer l'affaire en première ligne au tribunal du domicile (1) avec faculté de recourir à la *requisitio* et à la translation. Même dans ce cas, des exceptions ont dû être plusieurs fois admises, notamment lorsque plusieurs personnes étaient accusées en même temps. Etant donné le silence des sources, il est impossible de rien dire de plus précis à cet égard.

Forum delicti. La poursuite du délit n'a pas été seulement possible devant le tribunal du domicile de l'accusé, elle a été aussi permise dans une mesure importante devant le tribunal du lieu du délit. Pour les personnes non domiciliées dans l'empire, le tribunal compétent a sans doute été toujours déterminé par le lieu du délit. L'empereur Antonin le Pieux a, dans un rescrit, posé la règle que le délit de l'esclave devait être jugé non au domicile du maître, mais au lieu où il avait été commis (2). D'après les termes précédemment cités de la loi de Sylla sur le meurtre, la compétence de cette *quaestio* paraît avoir été surtout déterminée par le lieu du délit. Nous avons déjà fait

---

sur ce fait que les actes délictuels sont ordinairement commis au domicile du délinquant.

(1) D'après Celsus (qui vit sous Trajan et Hadrien), *Dig.*, 48, 3, 11, l'accusé arrêté doit être interrogé par le gouverneur de la province où a eu lieu l'arrestation, puis être livré *ex causa* (ce qui est peut-être une addition postérieure) à sa cité d'origine. Pour l'époque d'Antonin le Pieux, *Dig.*, 48, 2, 7, 4 (n. 2). Sous Marc-Aurèle, le gouverneur d'Achaïe accueille une action de meurtre contre un Tyrien, parce que celui-ci a acquis le droit de cité athénienne (γράφονται τὸν σοφιστὴν φόνου... ὡς ἕνα Ἀθηναίων, ἐπειδὴ φυλή τε ἦν αὐτῷ καὶ δῆμος Ἀθήνησιν, Philostrate, *Vit. Soph.*, 2, 19, 3). La même règle est exprimée par Septime Sévère pour le *plagium* : *Cod.*, 3, 15, 2. Paul, *Dig.*, 1, 18, 3 (II p. 25 n. 1). Cette compétence paraît avoir été supprimée dans la plupart des cas par voie d'interpolation.

(2) Ulpien *Dig.*, 48, 2, 7, 4 : (*divus Pius*) *rescripsit servos ibi puniendos, ubi deliquisse arguantur dominumque eorum, si velit eos defendere, non posse revocare in provinciam suam* (ce qui devait donc être encore permis, lorsqu'il était personnellement accusé), *sed ibi oportere defendere, ubi deliquerint.*

remarquer que la *cognitio*, à raison de sa nature, a dû être principalement exercée pour les délits commis dans le ressort du magistrat, l'extension postérieure de cette forme de procédure a eu pour conséquence de faire prévaloir le système du *forum delicti*. Cela s'est tout d'abord produit pour les délits commis avec violence (1), mais est devenu ensuite une règle générale (2). — Il est vraisemblable que la procédure pénale (358) s'est exercée maintes fois au lieu où le délinquant était arrêté et non au lieu où le délit avait été commis, mais les sources juridiques ne nous donnent que des preuves insuffisantes à cet égard (3).

Compétence concurrente de plusieurs autorités.

Il est arrivé souvent, en vertu des règles précédemment posées, que plusieurs tribunaux ont été compétents pour le

(1) Paul, *Dig.*, 1, 18, 3 : *praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet... habet interdum* (à ce moment le lieu du délit n'était donc pas encore reconnu comme déterminant la compétence d'une manière générale) *imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint : nam et in mandatis principum est, ut curet is qui provinciae praeest malis hominibus provinciam purgare* (de même *Dig.*, 1, 18, 13, *pr.* 48, 13, 4, 1), *nec distinguuntur unde sint.* Le déserteur doit être livré à ses supérieurs militaires, mais *si quid gravius in ea provincia, in qua repertus est, admiserit,* il est tout d'abord soumis au tribunal du gouverneur dans la province duquel se trouve le lieu du délit (*Dig.*, 49, 16, 3, *pr.*).

(2) *Dig.*, 48, 2, 7, 5 : *cum sacrilegium admissum esset in aliqua provincia, deinde in alia minus crimen, divus Pius... rescripsit postquam cognoverit de crimine in sua provincia admisso, ut reum in eam provinciam remitteret, ubi sacrilegium admisit;* il est vraisemblablement question ici de *cognitiones.* Papinien, *Dig.*, 48, 2, 22 : *alterius provinciae reus apud eos accusatur et damnatur, apud quos crimen contractum ostenditur.* Ulpien, *Dig.*, 48, 22, 7, 13. Macer, *Dig.*, 48, 3, 7 : *solent praesides provinciarum, in quibus delictum est, scribere ad collegas suos, ubi factores agere dicuntur, et desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur.* Gordien exprime la même règle pour l'adultère (*Cod.* 9, 9, 12 cpr. 14. 15). *Cod. Théod.*, 9, 1, 10, 16. Constantin (*C. Th.*, 9, 1, 1 = *C. Just.*, 3, 24, 1) a également, pour le délit commis dans la province par un Sénateur, supprimé la compétence du tribunal du domicile (I, p. 336 n. 3) et établi celle du tribunal du lieu du délit. Justinien (*Nov.*, 69, 1. 134, 5), en présence des tentatives fréquentes faites par les accusés des classes supérieures pour faire venir les procès devant les tribunaux de la capitale, a confirmé la compétence du tribunal provincial et ordonné de s'y soumettre.

(3) La constitution de Septime Sévère, *Cod.* 3, 15, 1 : *quaestiones... criminum... ubi* [les mots *commissa vel* paraissent interpolés] *inchoatae sunt vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est* n'est pas assez explicite en ce sens.

même délit : par exemple, le tribunal consulaire-sénatorial, le tribunal impérial, peut-être aussi, en cas de meurtre commis hors de Rome, le tribunal de la capitale et celui du domicile du meurtrier, le cas échéant, le tribunal du domicile de l'accusé et celui du lieu du délit. Nous sommes trop peu renseignés sur cette question pour nous y arrêter : en principe, lorsque des lois spéciales ne s'y opposaient pas, la question de compétence était ici tranchée au profit du tribunal qui était le premier saisi de l'affaire.

Locaux où siègent les tribunaux.

Ce que nous venons de dire de la compétence indique dans quelle mesure le siège de ces tribunaux était lié à la ville de Rome et plus tard au ressort pour lequel ils étaient institués. Nous allons nous occuper maintenant des locaux dans lesquels la justice était rendue.

(359)

Publicité de la procédure pénale et exclusion de cette publicité.

La procédure pénale romaine, dans la mesure où elle peut être considérée comme appartenant à la juridiction au sens étroit du mot, réclame la publicité ; cette règle s'applique également au procès qui se déroule devant les magistrats et les comices et à la procédure criminelle postérieure devant les préteurs. Par contre, la procédure pénale qui ne tend pas à un procès comitial ou à un procès devant un jury, s'accomplit aussi ordinairement en public (I p. 170), mais la publicité ne peut pas être regardée ici comme une nécessité juridique ; c'est ainsi par exemple que le dictateur César a tranché des procès criminels dans sa maison (I p. 170 n. 3). Sous le Principat, la procédure consulaire-sénatoriale exclut par principe la publicité à raison des règles en vigueur pour les délibérations du Sénat (I p. 296). Pour l'empereur, comme pour toutes les autorités qui lui empruntent leur pouvoir répressif, les débats publics peuvent être considérés comme étant la règle et les empereurs de la dernière période le disent encore expressément (1),

---

(1) Constantin en 313 (*C. Th.*, 1, 12, 1) : *omnes civiles causas et praecipue eas, quae fama celebriores sunt, negotia etiam criminalia publice audire debe-*

mais les deux formes sont ici possibles (1) et des débats à huis clos ont eu lieu fréquemment à toutes les époques devant ces autorités (2).

La reddition publique de la justice peut avoir lieu à Rome en tout endroit situé en deçà de la première borne mil- (360)
liaire (3), mais le véritable siège du tribunal fut le grand marché (4), auquel s'ajoutèrent plus tard, lorsque celui-ci fut devenu insuffisant, les deux forums créés par César (5) et

---

bis. En 331 (*C. Th.*, 1, 16, 6) : *praesides publicas actiones* (*naciones* ms.) *exerceant frequentatis per examina tribunalibus nec civiles controversias audituri in* (*auditoriis* ms.) *secretariis sese abscondant.* Valentinien en 364 (*C. Th.*, 1, 16, 9) : *judex... non in secessu domus de statu hominum vel patrimoniorum sententiam ferat, sed apertis secretarii foribus intro vocatis omnibus aut pro tribunali locatus et civiles et criminales controversias audiat.* Jean Chrysostôme, *Hom.*, 56 *in Matth.*, (Migne, vol. 55, p. 554) : δικαστὰς, ὅταν δημοσίᾳ κρίνωσι, τὰ παραπετάσματα συνελκύσαντες οἱ παρεστῶτες πᾶσιν αὐτοὺς δεικνύουσιν. Basile, I p. 329 n. 2.

(1) I p. 310. Par exemple, il est dit d'Auguste chez Suétone, 33 : *jus dixit adsidue... si parum corpore valeret lectica pro tribunali collocata vel etiam domi cubans,* et plus tard des gouverneurs de province chez Lactance, *De mort. persec.*, c. 15 : *ne cui temere jus diceretur arae in secretariis ac pro tribunali positae, ut litigatores prius sacrificarent atque ita causas suas dicerent.*

(2) Il suffit pour cela de renvoyer aux explications données plus loin sur l'*auditorium* et le *secretarium.* Tacite, *Dial.*, 39, parle déjà de l'accroissement des débats judiciaires dans les *auditoria* et les *tabularia* et vise par cette dernière expression les procès de fonctionnaires qui impliquent des examens de compte. En effet, les procès militaires et les procès de fonctionnaires, qui occupèrent maintes fois le tribunal impérial, devaient exiger fréquemment l'exclusion de la publicité et d'autres délits paraissent aussi avoir été attirés pour la même raison devant le tribunal impérial (I p. 308 n. 1).

(3) Pendant la guerre contre Hannibal, le prêteur, pour tranquilliser les âmes inquiètes, transporte son tribunal du marché dans un coin éloigné de la ville (Tite-Live, 23, 32, 4).

(4) Loi des XII Tables, 1, 7 : *in comitio aut in foro,* sans doute parce que déjà à cette époque le *comitium* n'offrait plus de place suffisante. D'après Denys d'Halicarnasse, 2, 29, le roi rend la justice ἐν τῷ φανερωτάτῳ τῆς ἀγορᾶς. Les fils du premier consul sont jugés sur le marché (Tite-Live, 2, 5 ; Denys d'Hal., 5, 8. 9) et il en est de même des femmes accusées de *veneficium* (Tite-Live, 8, 18) et des conjurés de Campanie condamnés après avoir subi un interrogatoire avec torture (Tite-Live, 26, 27). D'après la *lex Acilia repetundarum,* les jurés prêtent le serment *pro rostreis in forum* [*vorsus*] (l. 37) et les notifications requises doivent être exposées *apud forum* (l. 38. 65. 66).

(5) Appien, *B. c.*, 2, 102 : (César), τέμενος... Ῥωμαίοις ἔταξεν ἀγορὰν εἶναι

Basilicae. Auguste (1) à côté du premier et désignés par le nom de leur fondateur. Les basiliques couvertes, mais accessibles à tous,
Tribunalia. qui donnent sur les forums ont également servi comme halles de marché et comme palais de justice (2); sur ces marchés ou dans ces halles on dressait les tribunaux, c'est-à-dire des estrades élevées sur lesquelles on installait le siège du détenteur d'*imperium* chargé de rendre la justice (3) et où prenaient place ses conseillers, les autres assistants et le per-
(361) sonnel auxiliaire (4). Les magistrats qui remplissaient leurs fonctions en même temps, notamment les préteurs pour les procès civils et criminels, avaient leurs tribunaux sur le marché les uns à côté des autres (5), jusqu'à ce que les ex-

---

οὐ τῶν ὠνίων, ἀλλ' ἐπὶ πράξεσι συνιόντων ἐς ἀλλήλους, καθὰ καὶ Πέρσαις ἦν τις ἀγορὰ ζητοῦσιν ἢ μανθάνουσι τὰ δίκαια.

(1) Suétone, *Aug.*, 29 : *fori extruendi causa fuit hominum et judiciorum multitudo, quae videbatur non sufficientibus duobus etiam tertio indigere... cautumque, ut separatim in eo publica judicia et sortitiones judicum fierent.* Il est souvent question chez les auteurs littéraires de l'utilisation des *tria fora* pour l'administration de la justice (Sénèq., *De ira*, 2, 9 : *circumscriptiones, furta, fraudes, infitiationes, quibus trina non sufficiunt fora;* Martial, 7, 65, où l'on ne peut pas songer à trois instances, et ailleurs). Sur le forum d'Auguste, où l'empereur Claude rendait la justice (Suétone, *Claud.*, 33), les grands exèdres à côté du temple de Mars offraient une place appropriée à ce service et il n'est pas impossible qu'en cas de mauvais temps on les ait recouverts d'une couverture provisoire (Hülsen, dans les *Mitth. des röm. Instituts*, 1891, p. 101). — Les *rei apud aerarium* (Suétone, *Dom.*, 9) sont des débiteurs du fisc.

(2) Un rhéteur de l'époque d'Auguste, qui n'est pas habitué à parler en plein air sur le marché, demande au tribunal, dans un procès criminel qui a lieu en Espagne, que l'audience soit portée du forum dans la basilique (Sénèque, *Controv.* 9, *Praef.*, et d'après lui, Quintilien, 10, 5, 18). Ouverture de testament devant les magistrats municipaux *in foro vel basilica* : Paul, 4, 6, 2. Dans la basilique construite par Vitruve (5, 1, 8), il y a un temple et à l'intérieur de ce temple le tribunal, hémicycle isolé des endroits ouverts à la circulation, *uti qui apud magistratus starent, negotiantes in basilica ne impedirent.*

(3) *St. R.*, 1, 400 [*Dr. publ.*, 2, 34]. Pour les gradins des tribuns de la plèbe, cpr. *ibid.*, p. 405 [*ibid.*, p. 40].

(4) Suétone, *Tib.*, 33 : *magistratibus pro tribunali cognoscentibus plerumque se offerebat consiliarium adsidebatque juxtim vel ex adverso in parte primore... judicesque aut e plano aut e quaesitoris tribunali... admonebat.* Tacite, *Ann.*, 1, 75. Cicéron, *De Orat.*, 1, 37, 168. *Brut.*, 84, 290 : *volo... compleatur tribunal, gratiosi scribae sint in dando et cedendo loco.* Pline, *Ep.*, 6, 33, 4 : *stipatum tribunal.* Cpr. ce qui a été dit I p. 158 sur l'assessorat.

(5) Les descriptions données par Cicéron, *In Vat.*, 14, 34 et César, *B. c.*,

tensions mentionnées de César et d'Auguste remédièrent au manque de place. Lorsque des jurés siégeaient sous la direction d'un magistrat dans un procès, ils prenaient place sur des bancs sous le tribunal, mais à un endroit élevé, semble-t-il (1). Des bancs étaient installés en terrain plat pour les parties, les témoins et le public en général (2). Les locaux judiciaires furent organisés dans les municipes de la même manière qu'à Rome (3) et il en fut de même de ceux dans lesquels les gouverneurs rendaient la justice lorsqu'ils parcouraient leur province (I p. 274 n. 1) (4). — Il était bien d'usage que le magistrat dirigeât solennellement l'audience après avoir pris place à son tribunal, mais il ne semble pas qu'il y ait eu là une obligation pour lui ; il est certain qu'au moins à l'époque plus récente la sentence était pour les affaires moins importantes rendue publiquement de plein pied (*de plano*), (5)

Procédure *de plano*.

(362)

3, 20, montrent que les tribunaux des différents préteurs et présidents de *quaestiones* étaient dressés sur le marché les uns à côté des autres. C'est le *forum plenum judiciorum* (Cicéron, *Verr.*, 5, 55, 143).

(1) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 21, 59 ; *Pro Cluentio*, 27, 74. Asconius, *In Scaur.*, p. 29 : *ad genua judicum, cum sententiae ferrentur, biforiam se diviserunt qui pro eo rogabant*, et Val. Max., 8, 1, 6 : *cum prostratus humi pedes judicum oscularetur* rendent vraisemblable que les bancs des jurés étaient placés à un endroit élevé.

(2) Quoiqu'il soit souvent question dans les procès avec accusation des *subsellia* de l'accusateur (Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 36, 104 ; *Pro Flacco*, 10, 22. 18, 42), de l'accusé (Caelius, *ad fam.*, 8, 8, 1) et aussi de *subsellia diversa* (Quintilien, 11, 3, 133. Cpr. 132), il n'y a eu là manifestement qu'une séparation de fait du reste du public. Les témoins s'asseyent là où il leur plaît (par ex., Quintilien, 5, 7, 32) et il en est de même des simples auditeurs. Cicéron, *Brut.*, 84, 290 : *volo... locus in subselliis occupetur*. Pline, *Ep.*, 2, 14, 6. 6, 33 : *sedebant C et LXXX judices... ingens utrimque advocatio et numerosa subsellia, praeterea densa circumstantium corona*. Suétone, *Aug.*, 55. Aulu-Gelle, 14, 2, 11. Les *subsellia* sont souvent employés comme métonymie pour le tribunal lui-même. Dans le procès de Perpétue, les accusés montent les degrés du tribunal (c. 6 : *pervenimus ad forum... adscendimus in catastam* — ἀνέβημεν εἰς τὸ βῆμα).

(3) *Tribunal* des magistrats judiciaires à Vérone, *C. I. L.*, V, 3401 ; à Novare, Suétone, *Cl. rhet.*, 6.

(4) Verrès rend la justice à Thermae sur le marché *de sella ac tribunali* (Cicéron, *Verr.*, 2, 38, 94). Actes de Perpétue, c. 5 (n. 2). Apulée, *Apol.*, 28 : *multitudo... plurima undique ad audiendum convenit* (cpr. c. 44 : *pro tribunali* et ailleurs).

(5) Les *sessiones pro tribunali* et celles *de plano* sont distinguées non seu-

et on ne trouve pas de prescription légale opérant une délimitation entre ce mode de rendre la justice et l'audience tenue du haut du tribunal.

Auditoria et secretaria.

La reddition non publique de la justice a lieu ordinairement, si l'on fait abstraction du Sénat, soit dans la maison ou au bureau du magistrat. La salle, dans laquelle il donne audience aux parties, s'appelle *auditorium* (1), plus tard *secretarium* (2), parce qu'elle est fermée par un rideau (3) et que seuls les *officiales* et certaines personnes de rang élevé ont la faculté d'y entrer librement (4). Pendant la dernière période, le prononcé de la sentence ne peut avoir lieu que dans cette salle en présence des *officiales* (5). Toutefois la justice peut aussi

---

lement dans la procédure civile (*Vat. fr.*, 112. 156. 161-167. *Dig.*, 38, 15, 2, 1), mais aussi dans la procédure pénale. Ulpien, *Dig.*, 48, 2, 6 : *levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet.* Paul, *Dig* , 48, 18, 18, 10.

(1) Pour le gouverneur : *Act. ap.*, 25, 23. Pour l'empereur : *Dig.*, 4, 4, 18, 1. D'une manière générale : Tacite, *Dial.*, 39 (II p. 27 n. 2).

(2) *Secretarium* (aussi *secretum* : Ammien, 15, 7, 5 : *judiciale secretum;* Eusèbe, *H. eccl.*, 7, 30, 9 : σήκρητον; Zénon, *C. Just.*, 4, 20, 14) a un mauvais sens et appartient certainement à la langue populaire. Ce mot se trouve dans les actes des martyrs scillitains, dressés simultanément, semble-t-il, en 186 (Robinson, *Texts and Studies*, vol. 1) p. 112 : *Karthagine in secretario,* en grec ἐν τῷ κατὰ Καρθαγένναν βουλευτηρίῳ) et dans ceux de Cyprien sous Valérien (Hartel, *Opp.*, p. cx). Il se rencontre fréquemment à partir de l'époque de Dioclétien (II p. 27 n. 1). Une inscription gravée sur un édifice de la ville de Rome (*C. I. L.*, VI, 31, 959, actuellement complétement découverte) mentionne une enceinte couverte à côté du *Tellurense secretarium*, c'est-à-dire du bureau du préfet de la ville situé près du temple de Tellus. Symmaque, *Ep.*, 10, 23, 4. 12, parle du *commune secretarium* du préfet de la ville et du *vicarius* de Rome, tandis que, *ibid.*, 9, le *circi secretarium* paraît être le local spécial de ce dernier fonctionnaire. Le bureau du *consularis Piceni* dans la ville de Fanum est appelé (*Consult. vet. cujus jurisc.*, 9, 4), *Flavia Fanestri in secretario.* On rencontre fréquemment ces *secretaria* des gouverneurs.

(3) *Velum*, par ex., dans *C. Th.*, 1, 16, 7; en grec παραπέτασμα (II p. 26 n. 1).

(4) Prescriptions sur l'entrée dans le *secretarium* : *C. Th.*, 2, 1, 8 (= *C. Just.*, 9, 2, 16). 6, 7, 1. tit. 26, 5. 7. 16. *Nov. Theod.*, II, 15, 2, 1. *C. Just.*, 3, 24, 3. Sur la corruption pour pénétrer dans le *secretarium* : *C. Th.*, 1, 16 (= 1, 7, 1, J. God.) et autres textes. Pour les détails, v. Jacques Godefroy, *loc cit.* et Hollweg, *Civilprozess*, 3, 189.

(5) Carus, *Cod.*, 7, 45, 6 : *sententiam praesidis irritam esse... quod non publice, sed in secreto loco officio ejus non praesente sententiam suam dixit.* Valentinien, *C. Th.*, 1, 16, 9 (II p. 26 n. 1). 10.

être rendue publiquement dans ce local, à la condition de tirer le rideau et d'y admettre le public (1) ; cette forme de publicité a fait disparaître à la fin de l'époque impériale l'exercice de la juridiction du haut du tribunal. (363)

Temps du procès.

Au point de vue du temps, on applique au procès privé prétorien et au procès public comitial le vieux calendrier distinguant les jours de l'année où l'on doit rendre la justice (*dies fasti*), ceux où il n'est pas permis de le faire (*dies nefasti*) et ceux où on peut le faire (*dies comitiales*) (2). Il est difficile que ces distinctions se soient étendues à une autre procédure pénale qu'à celle des magistrats et des comices. Pendant la dernière période, on fait abstraction, notamment pour les grands jurys, du caractère que le calendrier donne à chaque jour (3) ; par contre, il ne faut plus à cette époque tenir compte des jours fériés pour l'administration ordinaire de la justice. Ceux-ci sont issus en partie de la vieille organisation du culte : tels sont notamment les trois jours des Saturnales (déc. 17-19), mais ils viennent, pour la plus grande partie, des fêtes populaires fixées par le calendrier (4) et qui comprennent à la fin de la République 76 jours par an (5). Il faut y ajouter les fêtes mobiles peu nombreuses et les fêtes extraordinaires, fréquemment ordonnées. Le développement postérieur des vacances judiciaires se rattache à celui de la liste

Vacances judiciaires.

---

(1) *C. Th.*, 13, 9, 6 = *C. Just.*, 11, 6, 5 : *de submersis navibus decernimus, ut levatis vetis istae causae cognoscantur. C. Th.*, 11, 7, 20 : *in secretario admisso populo.* Autres textes, II p. 26 n. 1.

(2) *St. R.*, 3, 372 [*Dr. publ.*, 6, 1, 426).

(3) Parmi les jours, août 5-15. sept. 2-4, 20-29. oct. 1-25 (d'après le calendrier d'alors), qui, d'après l'exposé de Cicéron (*Verr.*, act. 1, 10, 31 l. 2, 52, 130), sont disponibles pour le procès de Verrès, chaque catégorie de jours est sufisamment représentée (cpr. *C. I. L.*, I², p. 292).

(4) Ces fêtes n'ont rien de commun avec celles de l'ancien calendrier. Dans ce dernier, les *feriae Saturni* durent un jour (17 déc.) ; les *feriae Jovi* (13 aug.) et *feriae Fonti* (13 oct.) sont comptées par Cicéron parmi les jours disponibles pour le procès.

(5) *C. I. L.*, I², p. 299.

des jurés, notamment à l'insertion dans cette liste de nombreuses personnes qui ne sont pas domiciliées à Rome (I p. 247 n. 3). Il est en outre vraisemblable que les *leges Juliae* sur la procédure ont fixé des délais plus longs pendant lesquels l'administration ordinaire de la justice sommeille (1). Sous Marc-Aurèle, on comptait dans l'année 230 jours d'affai-
(364) res et 135 jours fériés (2). — L'administration de la justice est également interrompue pendant les suspensions ordonnées dans certaines occasions, notamment lors de calamités publiques (*justitium*) (3). — A vrai dire, ces interruptions ne sont jamais complètes ; notamment, le procès pour cause de violence, qui doit être porté devant le préfet de la Ville, peut être intenté même pendant les vacances judiciaires (4). — Pour les dimanches et jours de fête de l'époque chrétienne, il suffit de renvoyer aux prescriptions de la procédure civile (5).

Heures des audiences. Régulièrement, d'après l'ancien droit, la justice n'est rendue

---

(1) Les lois *Juliae* ont vraisemblablement donné congé aux tribunaux pendant le gros de l'été ; puis Auguste a autorisé une interruption d'hiver en novembre et décembre (Suétone, *Aug.*, 32). Claude semble avoir diminué les vacances d'été et allongé la pause d'hiver, sa réforme fut d'ailleurs abrogée par Galba (Suétone, *Claud.*, 23. Galb. 14). Les détails ne sont pas suffisamment clairs ; l'interruption principale se plaçait en juillet et en août (Sénèque, *Lud.*, 7, c. 12 ; Pline, *Ep.*, 9, 21, 2 ; Stace, *Silv.*, 4, 4, 40). Pour plus de détails, v. Hollweg, *Civilprozess*, 2, 171.

(2) *Vita Marci*, 10

(3) *St. R.*, 1, 263 [*Dr. publ.*, 1, 300]. Les procès de lèse-majesté, intentés en vertu de la loi Varia (I p. 230 n. 1) eurent lieu même pendant la Guerre Sociale (Cicéron, *Brut.*, 89, 304 : *exercebatur una lege judicium Varia ceteris propter bellum intermissis*), jusqu'à ce que le *justitium* prononcé par le Sénat les suspendît (Asconius, *In Cornel.*, p. 75 : *nanctus justitii occasionem senatus decrevit, ne judicia, dum tumultus Italicus esset, exercerentur*).

(4) Cicéron, *Pro Caelio*, 1, 1 : *quae sit tanta atrocitas hujusce causae, quod diebus festis ludisque publicis omnibus forensibus negotiis intermissis unum hoc judicium* (*de vi* d'après la loi Plotia) *exerceatur*. On peut également citer ici la remarque de Célius, d'après laquelle il aurait été accusé *lege Scantinia* pendant les jeux édiliciens du cirque (*Ad fam.*, 8, 8, 1). L'action criminelle pour cause de pédérastie va vraisemblablement aussi devant le préfet de la Ville et peut également avoir été une procédure rapide. L'empereur Claude rend la justice même pendant les vacances (Suétone, *Claud.*, 14). — Pour les délits privés (*Dig.*, 2, 12, 3), cpr. la procédure civile.

(5) Hollweg, 3, 191 sv.

ni avant la pointe du jour ni après la fin de la onzième heure du jour (1). Mais cette prescription n'a trait qu'aux débats suivis qui ne peuvent pas être aisément interrompus ; les véritables heures d'affaires sont celles de la matinée et, au moins pendant la dernière période, les fonctionnaires cessent leurs occupations professionnelles à midi (2). (365)

(1) La prescription du droit municipal de Genetiva, c. 102 : *ne quis... ante horam I neve post horam XI diei quaerito* peut seulement signifier que le débat ne doit pas commencer avant la pointe du jour et doit être clos au plus tard une heure avant le coucher du soleil, de telle façon que sous la *prima coepta* et l'*undecima finita* il faut entendre des heures pleines. D'après Paul 4, 6, 2, l'ouverture du testament s'opère *inter horam secundam* (*coeptam*) *et decimam* (*finitam*) *diei*, il indique donc tant au début qu'à la fin une heure de moins. Si la constatation de l'absence des accusés ne peut pas être faite *ante horam decimam* (*coeptam*) (Cicéron, *Verr.*, I. 2, 17, 41), il reste encore deux heures pour la séance qui peut avoir lieu ensuite. — Le droit municipal de Genetiva écarte l'application de la règle précédente pour les procès qui en vertu d'une prescription légale doivent être terminés en un seul jour : ceux-ci pouvaient être commencés plus tôt et continués plus tard.

(2) Une constitution de 408 (*C. Th.*, 1, 20, 1 = *C. Just.*, 1, 45, 1) oppose aux heures d'affaires (*horis quibus causarum merita vel fata panduntur*) les *meridianae*. Une autre constitution (*C. Th.*, 1, 17, 13), dont le texte est peu sûr, paraît opposer de la même manière au *secretum* (car d'après l'interprétation il faut lire *aut occasione secreti*), donc au temps des séances, le *postmeridianum tempus*. Le discours de Libanius κατὰ τῶν προσεδρευόντων τοῖς ἄρχουσι (2. p. 592, Reiske) fait ressortir nettement que le magistrat est depuis midi jusqu'au soir assiégé par des importuns qui troublent son repas de midi et abrègent sa sieste.

SECTION III

LES PARTIES ET LES ASSISTANTS JUDICIAIRES DANS LA PROCÉDURE D'ACCUSATION

L'accusateur comme représentant de la communauté.

La procédure d'accusation suppose qu'à la suite d'un tort causé à la communauté celle-ci est représentée par un accusateur, c'est-à-dire par une personne qui se charge, non à raison d'une fonction, mais volontairement, du soin et de la responsabilité de cette représentation. Cette conception, comme nous l'avons déjà relevé (I p. 223 n. 2) a été étayée postérieurement par une explication étymologique concordante, mais philologiquement insoutenable, du mot *judicium publicum*. Sans doute, le droit positif peut frapper de certaines peines ceux qui négligent d'accuser (1) et accorder des avantages aux accusateurs (2), il n'établit pas l'obligation d'accuser (3), et si personne ne se présente spontanément pour remplir ce rôle, le crime reste impuni (4), à moins que l'autorité répressive compétente n'intervienne par voie de *cognitio* (II p. 11). L'accusateur, prenant la place du magistrat qui dirigeait l'ancienne procédure pénale, a non seulement une situation ana-

---

(1) A signaler ici la disposition mentionnée à propos du meurtre, d'après laquelle celui qui peut intenter une action de meurtre et ne le fait pas est pour cette raison écarté de la succession de la victime.

(2) Cpr. à ce sujet la Sect. X du présent Livre.

(3) Dioclétien, *Cod.*, 3, 7, 1 : *invitus agere vel accusare nemo cogitur.*

(4) *Dig.*, 50, 4, 6, 2 : *si quis accusatorem non habeat, non debet honoribus prohiberi.*

logue à celle de ce dernier, ainsi que nous le montrerons plus loin à propos de la preuve, mais il reçoit son pouvoir d'accuser du magistrat, en ce sens qu'il ne lui suffit pas de s'offrir (367) comme accusateur, il doit être en outre agréé et institué par le magistrat.

Procès d'accusation dans l'intérêt propre de l'accusateur.

La règle, d'après laquelle dans cette procédure l'accusateur n'agit pas son dans propre intérêt, mais dans celui de la communauté, souffre certaines exceptions apparentes ou réelles où l'accusation n'est permise qu'à la victime elle-même.

1. La *quaestio* pour cause de *repetundae* est certainement la plus ancienne de toutes et elle a plusieurs fois exercé une influence décisive sur l'ensemble de cette forme de procédure, mais elle-même, notamment sous son aspect plus ancien, est, comme nous l'avons déjà dit (I p. 235 n. 1), moins une accusation qu'une action privée soumise à des règles de procédure plus rigoureuses. Ici, ce sont les victimes qui agissent et l'indemnité leur profite personnellement quoiqu'elle leur parvienne par l'intermédiaire de la communauté. Sous l'influence des mêmes idées, on voit apparaître ici, à côté du ou des demandeurs, des assistants judiciaires, tandis que ces derniers sont exclus des autres *quaestiones*. Il arrive même, suivant l'usage assez fréquent dans les actions privées (1), que des assistants de ce genre sont, sur le désir des demandeurs, adjoints à ces derniers par ordre du tribunal (2). Le caractère juridique de ces patrons oscille entre la situation judiciaire de l'avocat et la situation politique du représentant volontaire de la communauté (3). Ce délit n'a jamais été complétement soumis aux règles générales.

---

(1) Edit du préteur, *Dig.*, 3, 1, 1, 4 : *si non habebunt advocatum, ego dabo.* Cicéron, *De Orat.*, 2, 69, 280. D'après Tite-Live, 43, 2, 3, le Sénat décide que pour un procès d'extorsion appartenant au droit privé le préteur donnera aux demandeurs la faculté de prendre les patrons qu'ils voudront : *patronos, quos vellent, sumendi potestatem faceret.*

(2) *Lex repetundarum*, l. 9-12. Pline, *Ep.*, 2, 11, 2 : *ego et Cornelius Tacitus adesse provincialibus jussi* (dans le procès devant le Sénat). Le même, 2, 1, 7. *Ep.*, 2, 11. 19. 3, 4. 5, 20, 1. 7, 6, 3. *Ep.*, 33, 4. *Ad Traj.*, 3.

(3) Dans le procès contre Verrès, Cicéron se place tout d'abord dans la

2. L'action, que la *lex Cornelia de falsis* organise pour le cas de supposition de part, n'est donnée qu'à ceux qui sont personnellement intéressés (1); mais ceux-ci ne peuvent pas être considérés comme ayant subi un préjudice, au sens que le droit privé donne à cette expression.

3. L'action d'adultère contre le complice de l'épouse n'est donnée qu'aux plus proches parents pendant la durée du ma-
(368) riage troublé par ce crime (2). Après la dissolution de l'union conjugale, le mari et le père jouissent pour intenter l'action d'un privilège, mais celui-ci n'est pas un monopole excluant le droit d'accuser qui appartient à tous, ainsi que nous l'exposerons dans la Section relative à l'adultère.

4. L'action pour injure qualifiée, fondée sur la loi Cornélia, n'est donnée qu'à l'offensé; elle n'est, en effet, qu'une action privée intentée suivant les formes de la procédure d'accusation (3).

5. Pour certains délits, inconnus de l'ancien droit ou traités par lui seulement comme délits privés, puis introduits au cours de l'époque postérieure par voie de procédure extraordinaire dans la liste des délits publics, on a admis, à côté de la *cognitio* qui prévaut ici, la forme de l'accusation, en n'accordant le droit d'accuser qu'à la victime (4).

---

divinatio sur le terrain du droit privé et se présente comme *cognitor* (4, 11) ou *actor* des Siciliens (cpr. la Sect. relative à la concussion dans le Liv. suiv.) et les avocats des demandeurs en matière de *repetundae* sont traités de la même manière dans les lettres de Pline ; dans les deux actions contre Verrès, l'avocat disparaît chez Cicéron derrière l'homme politique.

(1) *Dig.*, 48, 10, 30, 1 : *de partu supposito soli accusant parentes aut hi ad quos ea res pertineat, non quilibet ex populo ut publicam accusationem intendat.* Cpr. la Section relative au faux.

(2) *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29. Cpr. la Section relative à l'adultère.

(3) *Dig.*, 3, 3, 42, 1 : *ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest : nam etsi pro publica utilitate exercetur* (et est pour ce motif soumis à la forme de la *quaestio*), *privata tamen est.* Cpr. I p. 222 et la Section relative à l'injure.

(4) *Dig.*, 47, 11, 3 : *stellionatus vel expilatae hereditatis judicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica.* 47, 2, 93 : *meminisse oportebit nunc*

Abstraction faite de ces cas peu importants, on est admis à accuser sans avoir à prouver qu'on a un intérêt personnel et le rôle d'accusateur est bien plutôt traité comme une fonction accessible à tous. Mais il ne résulte nullement de là que tous aient le droit d'accuser. Cette représentation de la communauté, analogue à celle du magistrat, est plutôt soumise, au point de vue des causes d'exclusion, à des règles semblables à celles qui régissent l'admission aux magistratures. Toutefois, sous l'empire de cette considération qu'en cas de délit commis contre la communauté le droit d'accuser doit avant tout ne pas être restreint au regard du particulier atteint personnellement par le délit, la liste des personnes qui peuvent accuser est notablement plus grande que celle des personnes aptes à revêtir une magistrature.

Motifs d'ordre général qui excluent le droit d'accusation.

1. Lorsqu'on applique la loi strictement et non par voie d'analogie, le rôle d'accusateur doit être absolument refusé au non citoyen, parce que celui-ci n'a pas qualité pour représenter la communauté romaine (1).

2. L'impubère n'est admis à l'accusation que si le délit l'atteint personnellement ou atteint un de ses proches, et à la condition d'avoir l'approbation de son tuteur (2). Le mineur de vingt-cinq ans a également besoin de l'agrément de son curateur pour l'action d'adultère (3). (369)

3. L'exclusion des fonctions publiques dont la femme est

---

furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit judicium.

(1) On ne peut pas faire valoir pour la procédure en général que la *lex repetundarum* l. 76 sv. contient une disposition contraire, parce que l'action y est traitée essentiellement comme une action privée.

(2) *Dig.*, 43, 29, 3, 11 : *mulier vel pupillus... publico judicio reos facere possunt, dum suas suorumque injurias exequuntur.* 48, 2, 8. l. 11, *pr.* Application de cette règle, sous la condition de l'agrément du tuteur, est faite aux actions pour cause de meurtre d'un ascendant et pour cause de falsification du testament paternel : *Dig.*, 48, 2, 2, 1. *Cod.*, 9. 1. 5.

(3) *Dig.*, 48, 5, 16, 6. *Coll.*, 4, 4. Pour les autres délits, le mineur a le droit d'accusation (*Dig.*, 38, 2, 14, 1. 2) et dans le dernier siècle de la République des jeunes gens de distinction ont fréquemment entrepris des accusations avant leur majorité (Tacite, *Dial.*, 34). Justinien (*Cod.*, 5, 59, 4) prescrit l'intervention du curateur en termes généraux.

frappée (1) a pour conséquence que le droit de faire une accusation criminelle ne lui appartient qu'en cas de délit commis contre elle-même ou contre ses proches (2). Même dans ce cas, elle est traitée à proprement parler comme dénonciatrice et n'est pas soumise aux obligations rigoureuses des accusateurs (3). Elle est admise sans restriction à l'accusation en cas de crime de lèse-majesté (4) et d'accaparement de céréales (5).

(370) 4. On exige une complète indépendance du citoyen qui se charge de représenter comme accusateur les intérêts de la communauté. Les cas suivants peuvent être considérés comme une application de ce principe :

A. On n'accorde en général le droit d'accusation au fils de famille qu'autant que le père y consent, sauf lorsque ce fils intente l'action d'adultère en son propre nom (6).

---

(1) *Dig.*, 50. 17, 2, *pr.*

(2) *Dig.*, 43, 29, 3, 11 (II p. 37 n. 2). 48, 2, 8. *Cod.*, 9, 1, 5. c. 12. tit. 45, 5. *C. Th.*, 9, 1, 3. Les mots de Juvénal, 6,243 : *accusat Manilia, si rea non est*, se rapportent au fait mentionné par Aulu-Gelle, 4, 14 ; ils ont donc trait non à une accusation proprement dite, mais à un appel aux tribuns du peuple. L'accusation est permise à la femme à cause d'une tentative de meurtre dirigée contre elle-même (*Cod.*, 9, 1, 14); à cause du meurtre d'un parent appartenant au groupe de ceux contre lesquels la femme ne peut être contrainte à déposer (*Dig.*, 48, 2, 2, *pr.* : *si mortem exequantur eorum earumque, in quos ex lege testimonium publicorum invitae non dicunt* ; en outre Tacite, *Ann.*, 2, 67 ; *Dig.*, 48, 2, 1. l. 11. *pr. Cod.*, 9, 1, 4. c. 9); à cause d'un viol commis contre elle (*Cod.*, 9, 9, 7); à cause d'un rapt d'homme commis contre ses proches parents (*Cod.*, 9, 20, 5); à cause d'un faux commis à son préjudice (*Dig.*, 48, 2, 2, *pr.* tit. 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 1, 5. tit. 22, 19). En cas de *stuprum* et d'adultère, la femme ne peut jamais, d'après la conception romaine de ces délits, jouer le rôle d'accusatrice (*Cod.*, 9, 9, 1). — Il semble que l'accusation des femmes n'ait pas fait l'objet d'une délimitation légale, mais que les autorités chargées de juger aient eu la faculté de l'admettre à leur gré (*C. Th.*, 9. 1, 3 : *in publicis olim quaestionibus interdum aut admissa probatio est aut accusantis auctoritas*).

(3) Dioclétien, *Cod.*, 9, 1, 12 : *non exacta subscriptione*. Par conséquent, la femme n'est pas soumise à la procédure formelle de *calumnia* (*Dig.*, 48, 16, 4, *pr. Cod.*, 9, 46, 2); mais elle peut être punie en cas de malhonnêteté évidente (*Dig.*, 48, 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 22, 19, *pr.* tit. 45, 5).

(4) *Dig.*, 48, 4, 8.

(5) *Dig.*, 48, 2, 13. tit. 12, 3, 1.

(6) Papinien, *Dig.*, 48, 5, 38 : *filium familias publico judicio adulterium in*

B. Le droit d'accusation est refusé d'une manière générale à l'affranchi, s'il n'a pas un fils ou un patrimoine de 30000 sesterces (1): même dans ce cas, ce droit lui est refusé vis-à-vis de son patron, sauf pour les crimes d'adultère et d'injures graves (2). Tout affranchi peut intenter le procès pour crime de lèse-majesté, même contre son patron (3).

C. L'accusation est également interdite au colon contre son propriétaire foncier; vis-à-vis d'autres personnes, son droit d'accuser se restreint aux délits commis contre lui-même ou contre ses proches (4).

D. A l'époque postérieure à Constantin, celui-là seul est admis à l'accusation qui possède un patrimoine d'au moins cinquante *aurei* (5).

5. L'infamie prétorienne prive du droit d'accusation, comme elle enlève le droit de représenter dans l'action privée. Il n'y a d'exception que pour les crimes commis contre l'infâme ou (371)

---

uxorem sine voluntate patris arguere constitutum est, vindictam enim proprii doloris consequitur. D'après ce texte, il faut admettre qu'en principe le fils de famille a besoin de l'agrément de son père pour jouer le rôle d'accusateur ou qu'il doit tout au moins se soumettre à la défense de son père. Cette règle est surprenante; car l'incapacité juridique d'avoir un patrimoine, qui s'oppose à l'exercice d'une action privée par le fils de famille, n'empêche pas l'accusation en soi et la subordination domestique ne restreint en rien les droits du citoyen. Toutefois, pour les actions populaires du droit civil, délictuelles ou non délictuelles, au regard desquelles on peut faire valoir la même conception, nous n'avons pas de témoignage précis établissant qu'elles aient été permises au fils de famille. Celui-ci semble avoir été, en règle générale, privé du droit d'agir, sauf dans quelques cas spéciaux (*Dig.*, 44, 7, 9 et ailleurs).

(1) D'après Papinien, *Coll.*, 4, 5, si l'on fait abstraction du mari, seul le *libertinus*, qui *rem sestertiorum XXX milium aut filium habuit*, est admis à élever une accusation d'adultère. Cette règle se rattache d'une façon surprenante au témoignage qui nous est parvenu pour l'année 586/168 de la République, d'après lequel les affranchis qui avaient un fils de cinq ans ou une possession foncière de 30000 sesterces étaient assimilés à ceux qui jouissaient de la plénitude du droit de cité (Tite-Live, 45, 15; *St. R.*, 3, 437 [*Dr. publ.*, 6, 2, 22].

(2) *Dig.*, 48, 2, 8. tit. 5, 39, 9. *Coll.* 4, 4.

(3) *Dig.*, 48, 4, 7, 2.

(4) Arcadius, *Cod.*, 11, 50, 2.

(5) Hermogénien, *Dig.*, 48, 2, 10.

ses proches (1) et pour les crimes de lése-majesté (2) et d'accaparement de céréales (3).

6. Sous le Principat, le magistrat en fonction s'abstient ordinairement d'accuser (4). La même remarque peut être faite pour le soldat au service, sauf lorsque le délit l'atteint personnellement ou atteint un de ses proches (5) et lorsqu'il s'agit d'un crime de lèse-majesté (6) ou d'accaparement de céréales (7).

7. En cas d'accusations réciproques, on juge d'abord l'accusation la plus grave, ou, en cas d'accusations de même gravité, celle qui a été formée la première ; l'autre sommeille jusqu'à ce jugement (8).

8. Celui qui a déjà élevé deux accusations ne peut pas en

---

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 43, 120. *Coll.* 4, 4. 5. *Dig.*, 48, 2, 4. l. 8. l. 11 *pr.* tit. 5, 3. tit. 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 1, 15. La même règle est exprimée pour différentes catégories particulières d'infamies prétoriennes, ainsi dans la *lex repetundarum* l. 11, pour la condamnation dans la *quaestio* ou dans le *judicium publicum*, de même dans Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 20, 57 et ailleurs (*Dig.*, 47, 15, 5. 48, 2, 7, 3. l. 9), pour la condamnation à cause de *calumnia*. Il est également dit de l'action populaire dans *Dig.*, 47, 23, 4 : *popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet.*

(2) *Dig.*, 48, 4, 7, *pr.*

(3) *Dig.*, 48, 2, 13.

(4) A l'époque républicaine le tribunal, en vertu de son pouvoir d'appréciation, n'admet pas le magistrat en fonction à jouer le rôle d'accusateur (II p. 41 n. 4), mais il n'y a pas là une règle générale (Cicéron, *Ad Q. fr.*, 3, 1, 5, 15). On trouve des accusations de ce genre même sous le Principat, par exemple celle d'un consul chez Tacite, *Ann.*, 4, 19, où l'on voit Tibère repousser la protestation élevée à ce sujet, et celle de Pline comme *praefectus aerarii* qui finalement, après un premier refus, se charge de l'accusation de *repetundae* contre Marius Priscus (*ad Traj.*, 3). — Il n'est pas inadmissible qu'un tribun du peuple fonctionne comme avocat (Cicéron, *Pro Cluentio*, 27, 74) ; mais Pline s'abstint, lorsqu'il fût tribun, d'exercer la profession d'avocat (*Ep.*, 1, 9). Cette abstention est prescrite d'une manière générale (*Dig.*, 5, 1, 48. 48, 5, 16, *pr.*), elle l'est même pour le magistrat qui ne peut être cité en justice (*Dig.*, 48, 2, 8).

(5) *Dig.*, 48, 2, 8. l. 11, *pr. Cod.*, 9, 1, 8. c. 10.

(6) *Dig.*, 48, 4, 7, 1.

(7) *Dig.*, 48, 2, 13.

(8) La règle ne s'applique pas à l'époque républicaine. (Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 1. *Ep.*, 12, 2 ; *Ad Q. fr.*, 3, 2, 3). Pour l'époque postérieure, elle paraît résulter de *Dig.*, 48, 1, 5. *Cod.*, 9, 1, 1 et *C. Theod.*, 9, 1, 12 (modifié = *Cod. Just.* 9, 1, 19).

former une troisième, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit commis contre lui ou contre ses proches (1).

9. Celui qui a fait l'objet d'une accusation n'est pas admis à jouer le rôle d'accusateur (2).

10. Celui qui en élevant une accusation grave paraît violer (372)
le devoir d'affection qui lui incombe vis-à-vis de l'accusé peut être écarté et même puni par le magistrat (3).

Décision du magistrat sur le droit d'accusation.

Lorsque celui qui doit être accusé consteste le droit à l'accusation, le magistrat seul, ou après s'être adjoint des jurés non assermentés, ouvre un débat spécial sur cette question et statue (4).

Concours des accusateurs.

Lorsque plusieurs personnes se présentent pour le même

---

(1) *Dig.*, 48, 2, 8. l. 11, *pr.* l. 12, 2. tit. 5, 6, 3. *Cod.*, 9, 1, 16.

(2) Le passage des Institutes de Paul, conservé dans les fragments de Bruxelles (*Coll. antejust.*, vol. 3 p. 297 [Girard, *Textes* [3], p. 431]) : *praejudicium est accusanti reatus ante causam* paraît devoir être entendu en ce sens. Toutefois, il n'y a là qu'une idée directrice donnée aux magistrats chargés de nommer l'accusateur, il n'y a pas de prescription légale.

(3) A l'époque républicaine, on considère comme inconvenant que l'ancien magistrat auxiliaire attaque au criminel son supérieur d'autrefois ; cela est notamment dit du questeur vis-à-vis du préteur (Cicéron, *Divin. in Caec.*, 14, 46. 19, 61). Toutefois une accusation de ce genre n'est nullement défendue ; le tribunal aura seulement à tenir compte de cette considération pour le choix de l'accusateur. Des motifs analogues sont invoqués à l'époque postérieure en cas d'accusation grave formée par l'orphelin vis-à-vis de celui qui l'a élevé (*Cod.*, 9, 1, 17), par l'enfant vis-à-vis de sa mère (*Cod.*, 9, 22, 5) ; par le frère contre son frère (*Cod.*, 9, 1, 13 ; une accusation, moins grave est admise contre la sœur : *Cod.*, 9, 1, 18). Cicéron, *Pro Cael.*, 11 26, désapprouve l'accusation contre un *sodalis*. Accusation de lèse-majesté du fils contre le père : Tacite, *Ann.*, 4, 28. 29 ; entre époux : Ammien : 16, 8, 4. Par contre l'accusation criminelle du père contre le fils est admise : *Dig.*, 48, 8, 2. *Cod.*, 8, 46, 3. 9, 1, 14. Symmaque, *Ep.*, 2, 1. Il n'y a sans doute pas eu de règle générale à cet égard, mais le tribunal a eu la faculté dans chaque cas concret d'écarter l'accusateur pour cause d'impiété.

(4) *Rhet. ad Her.*, 1, 12, 22 : *in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, judicium de accusatore fiat, utrum illi [li]ceat accusare necne.* L'auteur relève cela comme une différence par rapport à l'action privée, où la capacité du demandeur peut être attaquée dans la procédure principale. C'est par cette voie que d'après Cicéron, *Pro Cluentio*, 34, 94, un tribun de la plèbe, qui a l'intention d'intenter l'action de péculat contre le fils du dictateur Sylla, est écarté par les jurés à raison de sa magistrature. La procédure correspond à la divination qui a lieu en cas de concours de plusieurs accusateurs.

procès, on voit apparaître l'acte de nomination de l'accusateur par le magistrat plus nettement encore que dans les prescriptions générales sur les personnes qui doivent être écartées de l'accusation, soit d'office, soit sur la demande de celui que l'on veut accuser (1). L'admission de demandeurs simultanés, vraisemblablement inconnue de l'action privée proprement dite (2), a sans doute pu avoir déjà lieu dans le *judicium publicum* le
(373) plus ancien, c'est-à-dire dans le procès prétorien d'amende (3), et passer de là dans la procédure d'accusation. Ici, plusieurs accusateurs peuvent s'unir pour poursuivre le délit en commun ; toutefois il existe entre eux une certaine hiérarchie (4) : leur chef est désigné comme principal accusateur et les autres
Réglement de ce concours par le magistrat. comme *subscriptores* (5). Lorsque les différents accusateurs ne

(1) Nous ne sommes pas renseignés sur le délai dans lequel les accusateurs pouvaient se faire connaître. Il est vraisemblable qu'on pouvait tenir compte de quiconque s'annonçait avant la *nominis receptio*, sans qu'on prît en considération l'ordre chronologique des déclarations.

(2) Le choix du demandeur par le magistrat a également lieu dans l'action populaire (*Dig.*, 47, 23, 2 : *si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem*) ; mais on n'y trouve pas, semble-t-il, la pluralité de demandeurs. On ne peut pas découvrir le sens qu'il faut donner au *subscribere* du procès centumviral (Pline, *Ep.*, 5, 1, 7. 10).

(3) Lorsque les magistrats intentent une action pour faire condamner à une amende qui doit tomber dans l'*aerarium* (I p. 210 sv), il est au moins très vraisemblable que les collègues ayant les mêmes droits intentent cette action en commun.

(4) Cicéron, *Divin.*, 15, 47. 48, cite le *princeps in agendo* et après lui le *proximus subscriptor*. Le même, *Pro Flacco*, 33, 82 : *Decianum usque ad coronam applicuisti*. Il n'est pas certain que l'ordre des orateurs se détermine absolument d'après cette classification, car la dernière place est la plus recherchée (Tacite, *Ann.*, 2, 30).

(5) Cpr. II p. 57. Pour le demandeur en général, on met aussi bien *accusator* (*Lex coloniae Genetivae*, c. 102 : *in singulos accusatores, qui eorum delator erit, ei h*[*oras*] IIII, *qui subscriptor erit, h*[*oras*] II *accusandi potestatem facito*) que *delator* (*Quintilien*, 3, 10, 3 : *divinationes fiunt... nonnumquam inter delatores, utrum praemium meruerit*). Plus ordinairement on distingue entre *accusatio* et *subscriptio* (Aulu-Gelle, II p. 43 n. 3 ; de même Nepos, *Att.* 6 : *neminem neque suo nomine neque subscribens accusavit*) ou entre *nomen deferre* et *subscribere* (Cicéron, *Verr.* I. 1, 6, 15 ; Asconius, p. 59 ; *lex col. Gen.*, *loc. cit.*) De même on trouve *subscribere* et *subscriptor* : Cicéron, *Pro Fonteio*, 16, 36. *Ad. Q. fr.* 3, 1, 5, 15. *Ep.*, 3, 1. *Ep.*, 4, 1. Asconius, p. 19. 30. 54. Velleius, 2, 69. Tacite, *Ann.*, 1, 74. Emploi incorrect du mot pour la *suasio* d'une loi : Val. Max., 8, 1, 2 ; emploi erroné de l'expression dans les scolies sur les Verrines, *Div.*, 15, 51, p. 121.

s'entendent pas entre eux, la dernière décision tant sur leur admission que sur leur classement appartient au juge répressif (1). Celui-ci donnera la préférence à la personne la plus intéressée dans l'affaire et dont on peut attendre le plus d'énergie dans la conduite de l'accusation. Si le magistrat a des jurés à sa disposition, la question de savoir quel est celui des accusateurs qu'il faut présumer le plus apte à remplir ce rôle est tranchée, comme la contestation sur le droit d'accusation, d'après l'appréciation d'un certain nombre de jurés désignés pour l'examen de cette question (2), sans qu'il y ait une procédure de preuve proprement dite, mais après audition des parties litigantes (3).

Au regard de l'accusé, la procédure d'accusation n'offre pas de particularités. On peut consulter à cet égard les explications générales données dans le Livre I (I p. 74 sv.), où nous avons notamment étudié la question de savoir dans quelle mesure l'esclave est soumis à cette procédure (I p. 92) et celles qui sont fournies dans la Section II du présent Livre (II p. 18 sv) et où il est parlé des personnes temporairement exemptes de la procédure pénale. Il y a lieu de renvoyer également aux indications que nous donnerons à propos des différents délits. (374)

La représentation, que le droit civil admet sans restriction

Exclusion de la représentation dans la procédure pénale.

(1) Ulpien, *Dig.*, 48, 2, 16 : *si plures existant, qui eum in publicis judiciis accusare volunt, judex eligere debet eum qui accuset, causa scilicet cognita aestimatis accusatorum personis vel de dignitate vel ex eo quod interest vel aetate vel moribus vel alia justa de causa.* Le même, *Dig.*, 48, 5, 2, 9 : *lege expressum est, ut is cujus de ea re notio est, de justo accusatore constituat.*

(2) Ce ne sont pas nécessairement ceux qui fonctionnent plus tard dans le procès (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 6, 15). Le scoliaste sur les Verrines p. 99 les désigne, vraisemblablement avec exactitude, comme *judices injurati sine testibus et tabulis.* Le vote est secret (Cicéron ; *Divin.*, 7, 24 avec les scolies p. 108).

(3) Aulu-Gelle, 2, 4 : *cum de constituendo accusatore quaeritur judiciumque super ea re redditur, cuinam potissimum ex duobus pluribusque accusatio subscriptione in reum permittatur, ea res atque judicum cognitio divinatio appellatur.* Quintilien, 3, 10, 3. 7, 4, 33. Différents cas en dehors de celui de Verrès : Caelius *Ad fam.*, 8, 8, 3. Cicéron, *Div.*, 15, 48. 16, 50. *Ad Q. fr.* 3, 1, 5. 15. *Ep.*, 2, 1. Asconius, p. 40. Lorsque des jurés ne coopèrent pas à la sentence, il n'y a pas *divinatio*, mais *causae cognitio* (n. 1).

pour le demandeur et le défendeur même dans les actions infâmantes (1), est exclue activement et passivement de la procédure pénale (2). Cette règle s'applique à l'instance d'appel comme à la première instance (3). Pour l'accusé, il est de l'essence même de la procédure pénale qu'il rende personnellement compte de ses actes. Le demandeur, dans la mesure où la procédure pénale en admet un, ne peut pas se faire représenter parce que lui-même représente la communauté (4); cette règle s'applique même lorsque c'est surtout dans son propre intérêt qu'il s'est chargé de l'affaire (5). — Les exceptions dans un sens ou dans l'autre sont peu importantes.

1. L'action, intentée pour cause d'ingratitude par le patron contre l'affranchi, admet activement et passivement la représentation (6). Il est manifeste qu'on ne devait pas imposer au patron l'obligation d'exposer personnellement devant le tribunal
(375) l'offense que son ancien esclave lui avait faite; comme conséquence, on permit aussi à l'affranchi de se faire représenter.

2. Dans les actions pénales qui tendent seulement à une amende pécuniaire, la réprésentation est permise à l'accusé, notamment pour l'instance d'appel (7) et s'il est une personne de condition (8).

---

(1) *Dig.*, 3, 2, 6, 2. 37, 15, 2, *pr.* 49, 9, 1 : *plane si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest et per procuratorem hoc agi.*

(2) Paul, 5, 16, 11 : *neque accusator per alium accusare neque reus per alium defendi potest.* 5, 4, 12. tit. 5, 9. Papinien, *Dig.*, 48, 1, 13, 1 : *ad crimen judicii publici persequendum frustra procurator intervenit multoque magis ad defendendum. Cod.*, 9, 20, 2. tit. 22, 16. Une exception dans des circonstances spéciales : *Cod.*, 9, 9, 19. — Paul, 5, 16, 11 et Papinien ajoutent que le fait d'excuser un absent n'est pas conçu comme un acte de représentation judiciaire et que par conséquent il est permis.

(3) *Dig.*, 49, 9, 1.

(4) Elle est également inadmissible dans l'action populaire (*Dig.*, 47, 23, 5).

(5) Paul, 5, 4, 12 : *injuriarum non nisi praesentes accusare possunt*; *crimen enim, quod vindictae aut calumniae judicium expectat, per alios intendi non potest.* La considération de l'action de calomnie est donc décisive.

(6) Paul, 5, 16, 11. *Dig.*, 3, 3, 35, 1. 37, 15, 4.

(7) *Dig.*, 49, 9, 1, restreint aux condamnations prononçant la rélégation ou des peines supérieures l'obligation pour l'accusé de se défendre personnellement en appel et admet la représentation pour les peines pécuniaires.

(8) C'est ce que semble dire la constitution, *C. Th.*, 9, 1, 17 = *C. Just.*, 9, 2, 15, d'après sa dernière rédaction.

Dans l'action d'injure, la règle s'applique (II p. 44 n. 5) avec cette réserve qu'une constitution de Zénon permet aux demandeurs et aux défendeurs de la première classe de se faire représenter dans les débats proprement dits, dès l'instant où ils ont donné leur concours personnel à l'introduction de l'instance (1); Justinien a même imposé à ces personnes l'obligation de se faire représenter et a donné à celles des classes postérieures jusqu'aux *clarissimi* la faculté d'agir de même (2).

Exclusion d'assistants judiciaires pour l'accusation.

Régulièrement, l'accusateur ne peut recourir à des assistants judiciaires. Cette faculté lui est toutefois accordée en matière de *repetundae* et des exceptions du même genre peuvent être admises si l'accusation émane de femmes ou d'impubères (3). En dehors de là, le droit romain n'autorise à prendre la parole dans la procédure que celui qui s'est fait inscrire comme demandeur sur le rôle des procès (4); il y avait là une analogie entre la procédure d'accusation et l'ancienne procédure criminelle où le magistrat pouvait certainement se faire assister par ses collègues, mais non par des auxiliaires privés. En fait, les fonctions d'accusateur ont été surtout remplies par (376) ceux que nous rencontrons comme assistants judiciaires dans la défense.

Admission d'assistants judiciaires pour la défense.

L'institution de la défense a certainement eu pour point de

(1) *Cod.*, 9, 35, 11. *Inst.*, 4, 4, 10.

(2) Nov., 71. Cette disposition a été provoquée par le droit pour les personnes de la première classe de prendre place à côté des magistrats qui jugent.

(3) Dans le procès d'Apulée, l'accusateur proprement dit est, à raison de son jeune âge, assisté par son oncle qui lui sert de *patronus* (c. 3). Il y a même encore à côté de lui un autre avocat (c. 4, 33. 46) qu'Apulée désigne même comme avocat de l'oncle (c. 17. 38).

(4) Sous Constantin, une bataille ayant eu lieu à l'Université d'Athènes, un procès de meurtre est porté devant le proconsul. Un professeur célèbre, qui n'avait pas été cité, prend la parole pour les demandeurs, mais le proconsul l'écarte en lui disant (Eunape, *Vit. Juliani*, p. 70. Boiss.): ἀλλ' οὐ τοῦτό γε Ῥωμαῖοι δοκιμάζουσιν, ἀλ' ὁ τὴν πρώτην εἰπὼν κατηγορίαν κινδυνευέτω περὶ τὴν δεύτεραν et contraint le demandeur à conduire lui même le procès, bien qu'il soit peu apte à le faire. Ceci ne peut guère signifier autre chose (Mitteis, *Volksrecht*, p. 141, comprend autrement le récit) que la *nominis delatio* est la condition préalable de l'*accusatio*.

départ la défense personnelle et celle-ci s'est maintenue à toutes les époques, soit en l'absence de toute intervention d'assistants judiciaires, soit à côté de celle-ci (1). Mais de bonne heure on vit apparaître auprès du défenseur un avocat ou *patronus* (2) qui est en principe soumis ici aux mêmes règles que dans la procédure civile (3). Le défenseur choisit lui-même son assistant ; il n'est du moins pas d'usage que le magistrat lui en nomme un (4). Les règles en vigueur pour la représentation juridique en général, soit au point de vue de l'incapacité des personnes (5), soit au point de vue de la pro-

---

(1) Tite-Live, 4, 44, 10. Il y eut un discours de C. Laelius, consul en 614, *pro se apud populum* (Festus, p. 182. 193. 314) ; une femme se défend elle-même devant les comices (Val. Max., 8, 3, 1). Pour les procès de *repetundae*, nous voyons que Rutilius Rufus se défendit personnellement presque sans assistant (Cicéron, *Brut.*, 30, 115) et qu'il en fût de même pour M. Aemilius Scaurus (Asconius, *In Scaur.*, p. 20) et pour M. Caelius (Cicéron, *Pro Caelio*, 19, 45. Quintilien, 11, 1, 51), bien qu'ils aient eu à leur côté plusieurs assistants. Preuves pour l'époque postérieure : Tacite, *Ann.*, 4, 34. 35. 6, 8. Pline, *Ep.*, 4, 9, 7. 5, 13, 1. 6, 22, 2. Dion 58, 19. *Act. Apost.*, 24, 10 sv. 26, 1 sv. ; Agathias, 4, 7 sv. Dans la dernière période, il est rare que l'accusé se défende seul (Tacite, *Ann.*, 3, 67 ; cpr. 2, 30).

(2) Il n'est pas nécessaire de citer des preuves pour établir l'emploi de *patronus* comme terme technique. *Orator* désigne tout orateur, donc aussi l'avocat plaidant ; on ne le trouve pas dans notre littérature comme expression technique pour désigner ce dernier. — Renseigner l'avocat s'appelle *causam docere* (Cicéron, *Pro Scauro* 11, 27 ; Pline, *Ep.*, 3, 9, 21), se faire renseigner comme avocat *causam discere* (Cicéron, *Pro Scauro*, 11, 24. 26 ; Pline, *Ep.*, 3, 9, 35.)

(3) Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 3, 161-168.

(4) Cicéron, *Pro Mur.*, 2, 4 : *si, ut nonnullis in civitatibus fieri solet, patronus huic causae publice constitueretur.* Sénèque., *Lud.*, 14 : (*Claudius*) *advocatum non invenit* : *tandem procedit P. Petronius.* Il se pourrait toutefois que la règle exprimée d'une manière générale pour l'action privée (II p. 35 n. 1) ait également été appliquée à la procédure d'accusation, du moins dans la dernière période. Il ne faut pas accorder de créance à la déclamation de Quintilien (313, texte à l'aide duquel on doit corriger 260), d'après laquelle l'intervention d'assistants judiciaires est refusée en cas de crimes graves, *ob atrocitatem facti.*

(5) L'inaptitude à la représentation judiciaire résulte, comme on sait, pour partie de causes générales d'incapacité, notamment de l'infamie prétorienne, et pour partie de causes relatives. C'est ainsi que, d'après la *lex repetundarum*, celui-là ne peut pas être patron du demandeur, qui est dans la *fides* héréditaire de l'accusé ou dans la *fides* héréditaire duquel se trouve l'accusé. Quant à l'exercice des fonctions d'avocat par le magistrat, cpr. II p. 40 n. 4.

hibition ou de la limitation des honoraires (1), s'appliquent également ici.

(377) Rôle des avocats.

Dans le dernier siècle de la République, la défense a pris dans la procédure des proportions tellement déraisonnables que la nature de l'institution s'en est trouvée altérée d'une façon regrettable (2). Tandis qu'au début il n'y a régulièrement qu'un défenseur qui parle pour l'accusé (3), il y en a à cette époque ordinairement plusieurs, souvent jusqu'à quatre, qui prennent part à la défense (4); en 700/54, on voit apparaître six défenseurs (5) ; plus tard on en compte jusqu'à douze (6). La réaction, provoquée par cet état de choses, s'est principalement manifestée par la fixation d'un temps maximum pour les plaidoiries, réforme dont nous parlerons à propos de la procédure de la preuve ; toutefois, nous trouvons aussi des prescriptions légales qui fixent un nombre maximum de défenseurs (7). — A côté de ceux-ci, apparaissent dans le procès les conseillers, *advocati*, qui, sans prendre part aux débats, soutiennent la défense en donnant des avis, notamment dans les questions juridiques ; il leur arrive fréquemment de prê-

---

(1) On rencontre encore pendant la dernière période (*Cod.*, 2, 6, 6, 5) des hommes notables qui remplissent gratuitement les fonctions d'avocat. Nous traiterons à propos des *repetundae* de l'action en répétition des honoraires d'avocat injustement payés.

(2) Un abus voisin de celui-ci a été celui du témoignage d'honorabilité, de la *laudatio*. Nous en parlons à propos de la déposition des témoins.

(3) Cicéron, *Pro Cluentio* (discours datant de 688/66) 70, 199 : *totam hanc causam vetere instituto solus peroravi.*

(4) Deux défenseurs : Cicéron, *Pro Flacco*, 17, 41 ; *Pro Caelio*, 10, 23 ; *Pro Balbo*, 1, 1 ; *De leg.*, 2, 3, 6; quatre défenseurs dans le procès de P. Sestius, 698/56 (*Schol. Bob.*, p. 292 ; Cicéron, *Pro Sest.*, 2, 3).

(5). Asconius *In Scaur.*, p. 27 : *defenderunt Scaurum sex patroni, cum ad id tempus raro quisquam pluribus quam quattuor uteretur.*

(6) Asconius, *loc. cit.*, *at post bella civilia ante legem Juliam ad duodenos patronos est perventum.*

(7) Cela eut lieu dans les lois d'exception de Pompée de 702/52 (Dion, 40, 52. Tacite, *Dial.*, 38), par suite desquelles Cicéron parla seul pour Milon (Asconius, *In mil.*, p. 42) et parla avec un second avocat pour quelques-uns des complices de Milon (Asconius, *loc. cit.*, p. 54. 55). Une mesure du même genre fut prise par la *lex Julia judiciaria* (II p. 48 n. 1). Dans le procès de Pison qui eut lieu sous Tibère devant le Sénat, on voit apparaître trois défenseurs (Tacite, *Ann.*, 3, 11).

ter leur appui simplement en assistant muets aux procès (1). — Avec le Principat, le procès pénal perd sa portée politique et l'éloquence judiciaire est dépouillée de cette importance
(378) qui avait été en réalité si peu profitable au bien public; la loi et la coutume rendent à l'accusation et à la défense leur simple caractère judiciaire et les assistants des plaideurs, désormais appelés régulièrement *advocati* (2), sont en même temps à cette époque des avocats.

Limites du cumul des actions.

Pour terminer cette Section, nous devons exposer ici dans quelle mesure il est permis d'embrasser dans une même instance plusieurs délits de la même personne ou les délits de différentes personnes.

Sa recevabilité en cas d'actions contre la même personne.

Le cumul des actions pénales, c'est-à-dire la réunion dans une même instance de plusieurs délits (3), est juridiquement permis dans l'ancienne procédure relevant exclusivement du magistrat ou relevant des magistrats et des comices, lorsqu'ils

---

(1) Lorsque le *patronus* parle pour la partie, l'*advocatus* n'a pas à parler en public, il n'a qu'à conseiller l'accusé et le défenseur (Cicéron, *De Orat.*, 2, 74, 302 : *orat reus, urgent advocati* et d'après lui Julius Victor, c. 25 Halm ; *De off.*, 1, 10, 32 ; Sénèque, *De tranq. an.*, 14, 3 ; *De benef.*, 4, 35, 2). Il faut en effet partir de ce fait que le *patronus* romain n'a pas besoin de connaître personnellement le droit (Quintilien, 12, 3, 2 : *non deformiter respectet et inter subsellia minores advocatos interroget*, où l'avocat plaidant est dans une conception récente considéré comme *advocatus major*). Une définition exacte nous est donnée par le scoliaste sur les Verrines, *Divin.*, 4, 11, p. 104 : *qui defendit alterum in judicio aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut jus suggerit aut praesentiam suam commodat amico.*

(2) Pline le Jeune emploie constamment cette appellation ; de même Quintilien, 11, 1, 19 ; Tacite, *Ann.*, 11, 5 ; Ulpien, *Dig.*, 47, 15, 1, 1 ; Macer, *Dig.*, 47, 15, 3, 2 ; elle est technique et elle est un titre dans l'expression *advocatus fisci*. *Patronus* (avec et sans *causae*) est synonyme à cette époque, mais moins fréquemment employé (Tacite, *Dial.*, 1 ; Pline, *Ep.*, 3, 4. Ulpien, *Dig.*, 3, 1, 1, 4. Septime Sévère, *Dig.*, 50, 13, 1, 10). A noter dans Quintilien 12, 1, 25. 26 l'opposition faite entre l'avocat dans le procès pénal et le *litium* (= affaires pécuniaires) *advocatus, quem causidicum vulgo vocant.* C'est aussi le *causidicus* que Martial et Juvénal prennent comme point de mire dans leurs satires.

(3) Nous traitons dans la dernière Section du Livre suivant la question du concours des actions de droit pénal, c'est-à-dire celle de la naissance de différentes actions pénales à raison du même délit.

sont imputés à la même personne, qu'ils soient connexes ou non, de même nature ou de nature différente, pourvu que le magistrat agrée ou permette cette jonction (1). Par suite, lors de la reprise de cette forme de procédure sous le Principat, la même règle s'applique tant devant le Sénat que devant l'empereur et devant les autorités qui empruntent à ce dernier leur pouvoir répressif (2), donc dans la procédure pénale en général pendant la dernière période de l'empire (3). Dans ce (379)
cas, la sentence porte sur l'ensemble des délits et non pas sur chacun d'eux et les peines afférentes aux différents délits peuvent être réunies en une peine globale. A vrai dire, on est amené dans une telle procédure à combiner les différentes prescriptions légales sur la nature et le taux des peines et par suite à les appliquer avec une certaine liberté. Ce cumul des actions a ainsi contribué essentiellement, tant dans la République primitive que dans les derniers temps du Principat, à transformer le procès pénal en une procédure arbitraire s'étendant à l'ensemble de la conduite de l'accusé.

Délits de différentes personnes.

Les délits de différentes personnes ne peuvent évidemment pas être traités en bloc dans le jugement définitif, mais aucun obstacle juridique ne s'oppose, dans les procédures indiquées plus haut, à ce qu'ils soient réunis dans une même instance, et, il est arrivé fréquemment que des délits connexes, notam-

(1) Quintilien, 3, 10, 1 : *plures* (*controversiae sunt*) *aut ejusdem generis, ut in pecuniis repetundis, aut diversi, ut si quis sacrilegii et homicidii simul accusatur. Quod nunc in publicis judiciis non accidit, quoniam praetor certa lege sortitur, principum autem et senatus cognitionibus frequens est et populi fuit.* 7, 2, 20 : *potest tamen hoc genus in cognitionem venire senatus aut principis.*

(2) Quintilien, *loc. cit.* Le procès de *repetundae* chez Pline, *Ep.*, 2, 11, 2. 6, 29, 10, devient un procès capital. De même les récits de Tacite (*Ann.*, 2, 50. 3, 22. 23. 38. 67-69. 4, 52. 6, 29. 12, 59, 65. 16, 8) relatifs à des procès devant le Sénat parlent de différents délits réunis dans l'accusation ; toutefois, on ne peut pas distinguer avec certitude s'il n'y a là que des reproches incidents ou s'il y a là un groupement juridique de plusieurs causes d'accusation.

(3) La règle posée pour le concours d'actions (Dioclétien, *Cod.*, 9, 2, 9, 2 : *judex super utroque crimine audientiam accommodabit, nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiet*) peut s'appliquer au cumul d'actions, à la condition que le tribunal soit compétent pour les deux actions.

ment des crimes commis en bande ou des délits religieux, aient été groupés de cette manière, lorsque le magistrat y consentait (1).

Exclusion du cumul des actions dans la procédure d'accusation.

Par contre, la procédure d'accusation suit ici en principe la règle du droit privé. D'après celle-ci, la réunion formelle dans une même instance n'est permise que pour des délits de même nature commis par la même personne contre le même individu (2), elle n'est pas possible ni pour des actions de nature différente intentées par le même demandeur contre le même coupable, ni pour des actions de même nature intentées par différentes personnes contre le même coupable (3), bien qu'au fond on favorise] en fait l'examen simultané de ces affaires, notamment par le renvoi des différentes actions au même juge (4). Il y a en droit pénal une exception pour le procès
(380) de *repetundae*, en ce sens que les différentes victimes ne peuvent poursuivre la répression devant le grand jury qu'autant qu'elles se sont entendues pour constituer une représentation commune. Toutefois, cette communauté d'action n'est requise que pour la première instance ; pour la seconde instance où a lieu l'estimation préalable à l'exécution, chaque plaideur reprend son indépendance (5). Cette procédure est inapplica-

(1) Dans le procès de *repetundae* devant le Sénat dont nous parle Pline, *Ep.*, 3, 9, les nombreux accusés ne sont pas jugés dans un seul débat (*singularis actio*) mais en trois groupes après un triple débat (*actiones*). C'est vraisemblablement le président, c'est-à-dire le consul, qui de plein droit a formé ces trois groupes, quoiqu'après entente avec celui qui a été constitué demandeur. Dans le procès des martyrs scillitains (I p. 278 n. 1), si nous en croyons les actes tels qu'ils s'offrent à nous, les accusés n'ont pas été interrogés séparément et ont été englobés dans un même jugement sauf indication de leurs différents noms.

(2) Cette règle s'applique spécialement au vol.

(3) Quintilien, *Inst.*, 7, 2, 19 : *de uno reo consilium cogitur.*

(4) Quintilien, *Inst.*, 3, 10, 1 : *privata... judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent.*

(5) Cpr. dans le Livre suivant la Section relative à cette matière. La procédure indiquée I p. 206 n. 1 fournit déjà un précédent dans les *judicia recuperatoria* de droit privé de 583/171, qui ont servi de modèle à la *quaestio* organisée par Pison (Tite-Live, 43, 2) : les communautés espagnoles qui élèvent une plainte de concussion contre le même magistrat sont toutes renvoyées devant le même collège de récupérateurs et reçoivent l'ordre de se faire toutes nommer les mêmes assistants judiciaires.

ble aux autres délits publics par ce seul fait qu'ils ne se fondent pas sur un préjudice subi par un particulier au sens que le droit privé donne au mot préjudice; l'accusateur agit ici dans l'intérêt de la communauté. La réunion de plusieurs accusés dans un même procès paraît n'avoir pas été admise, même en cas de délits connexes(1); en matière d'adultère, il est même légalement interdit d'intenter simultanément l'action contre les deux coupables (2). — Le groupement de crimes de nature différente, c'est-à-dire de crimes qui ne tombent pas sous la même loi pénale, est exclu dans la procédure des *quaestiones*, tout simplement parce que chaque *quaestio* n'est compétente que pour la catégorie de délits visée par la loi spéciale sur laquelle elle repose (3). L'habitude des avocats de ne pas limiter leur plaidoirie au délit qui fait l'objet du procès, mais de traiter avec la même ampleur, sous prétexte d'éclairer le tribunal sur le caractère de leur client, les autres fautes imputées à celui-ci, a pu masquer la règle (I p. 237 n. 2), elle ne l'a pas fait disparaître (4).

— Il est difficile que la connexité proprement dite, qui n'est du reste pas une notion juridique rigoureusement définie, ait été exigée. Lorsqu'un même homme est poursuivi à raison de plusieurs administrations qui lui ont été confiées, la réunion de ces actions dans un même procès peut être inopportune, elle n'est pas formellement défendue.

(1) Il paraît certainement impossible que cette règle ait pu être pratiquement appliquée, notamment à ceux qui se sont rendus coupables d'un crime commis en bande.

(2) *Dig.*, 48, 5, 16, 9. l. 18, 6. l. 33, 1. l. 40, 6. *Cod.*, 9, 9, 8.

(3) Quintilien, 3, 10, 1 (II p. 49 n. 1).

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 35. 36; *Pro Rab. ad pop.*, 2, 7. Les condamnations pénales qui rentrent non seulement dans la compétence du tribunal saisi, mais aussi dans celle d'autres *quaestiones*, constituent en fait des préjugés pour ces dernières ; telles sont les *lites majestatis* dans le procès de *repetundae* : Cicéron, *Pro Cluentio*, 41, 116 ; de même dans les *Verr.*, act., 1, 13, 39.

(381)

SECTION IV

L'INTRODUCTION DE L'ACCUSATION

Après l'établissement du rôle des parties, l'introduction de la procédure des *quaestiones* (1) réclame la formation de la demande, la liaison de l'instance avec le défendeur ou la renonciation légale à la comparution du défendeur, la réglementation de la procédure d'instruction dans la mesure où celle-ci a besoin d'être spécialement organisée par le magistrat, l'établissement du jury et la fixation du jour où commenceront les débats. Ces différents actes introductifs de l'instance sont exposés dans la présente Section. L'ordre même dans lequel ils sont cités ne préjuge pas l'ordre dans lequel ils ont lieu; cette question sera traitée à propos des différents actes.

Formation de la demande : *Petitio.*

La formation de la demande est désignée dans la *lex Acilia repetundarum* (2) par le terme technique usité dans la procé-

(1) L'exposé qui va suivre ne s'applique aux *quaestiones* extraordinaires (I p. 227 sv.) que dans la mesure où la loi spéciale les établissant n'a pas posé de règles divergentes. Mais même, la procédure de chaque *quaestio* ordinaire dépendant de la loi spéciale qui réglemente cette dernière, nous exposerons dans le Livre suivant à propos des différents délits les particularités propres à chacune d'elles.

(2) Cpr. I p. 235 n. 1. Dans la *lex repetundarum*, l. 26. 27 et ailleurs, le demandeur s'appelle *is qui petit* — *petitor* est de formation plus récente — et le défendeur *is unde petitur*. En dehors des *repetundae*, ces expressions conviennent encore aux *quaestiones* de péculat, quoique d'autres formules

dure civile pour l'action personnelle, à savoir par le mot *petere*; (382)
mais cette appellation ne convient plus à la procédure développée des *quaestiones*, où l'on admet des condamnations supérieures aux condamnations pécuniaires; en fait elle a disparu dans la suite.

Accusare, qui pendant la dernière période prend dans le *Accusatio.*
langage courant la place de *petere*, ne s'applique pas spécialement, comme nous l'avons déjà montré (1), à une forme déterminée de procédure, mais sert simplement à désigner l'action en appuyant plus fortement sur son caractère éthique, de telle façon qu'il n'est pas possible de déduire de ce terme sans valeur technique les modalités de la procédure.

Postulare signifie présenter une requête et est employé en *Postulatio.*
procédure pour toute requête qu'une partie adresse au magistrat qui dirige le procès (2). Il s'applique très fréquemment à la requête de celui qui demande à être admis à l'action, mais habituellement on ajoute un terme qui spécifie l'objet de la requête (3). La seule indication que l'emploi de cette expression

---

soient habituellement employées pour les actions de droit privé analogues. La terminologie est exposée plus loin dans le Livre V à propos des amendes pécuniaires.

(1) Cpr. I. p. 217 sv. et pour la portée respective des termes *accusator*, *delator* et *subscriptor* II p. 42 n. 5.

(2) Ulpien, *Dig.*, 3, 1, 1, 2 : *postulare est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui juris dictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere.* On trouve *postulare* pour des requêtes accessoires de la procédure criminelle dans Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 2 ; Asconius, *In Mil.*, p. 35 ; Pline, *Ep.*, 7, 33, 4. Il faut comprendre de la même manière Caelius, *Ad. fam.*, 8, 6, 1 : *inter postulationem et nominis delationem uxor a Dolabella discessit;* la première est la demande de la *nominis delatio*, l'autre est l'exécution de la première, c'est-à-dire à proprement parler la *nominis receptio*, ou, comme le dit Cicéron., *Divin.*, 19, 63 (cpr. 3, 10. 15, 49) la *nominis deferendi potestas* accordée à la suite de la divination.

(3) Formule complète : *cum... delationem nominis postularet* (Cicéron, *Divin. in Caec.*, 20, 64). Souvent on n'ajoute que le délit : *postulare de pecuniis repetundis* (Cicéron, *Pro Cornel.*, chez Asconius, p. 62 ; *Ad. Q. fr.*, 3, 1, 5, 15 ; Caelius, *Ad. fam.*, 8, 8, 2. 3 ; Tacite, *Ann.*, 3, 38) ou *repetundarum* (Suétone, *Caes.*, 4) ; *de majestate* (Cicéron, *Ad. Q. fr.*, 3, 1, 5, 15) ; ou *majestatis* (Tacite, *Ann.*, 1, 74) ; *de ambitu* (Cicéron, *Ad. Q. fr.*, 3, 2. 3) ; *adulteri* (*Dig.*, 48, 5, 18, 6) ; *incesti* (*Dig.*, 48, 5, 40, 8. l. 45), ou simplement la loi pénale :*postulare lege Licina et Junia* (Cicéron, *In Vat.*, 14, 33) ; *lege Scantinia* (Caelius, *Ad. fam.*, 8, 8, 12) ; *nova lege* (Asconius, *In Mil.*, p. 20), aussi, Cicé-

fournisse pour la forme de procédure est, comme nous le montrerons plus loin, que l'acte ne s'accomplit pas entre les parties, mais entre les demandeurs d'une part et le magistrat d'autre part.

Nominis delatio. Le terme technique pour désigner la formation de la demande dans la procédure des *quaestiones* est, du côté du demandeur, *nomen deferre* (1), et du côté du magistrat, *nomen*
(383) *recipere* (2). Littéralement *deferre* signifie indiquer et quiconque donne une indication est *delator* (3). La terminologie

---

ron, *De domo*, 29, 77 : ou bien l'on dit d'une manière générale *postulare reum*, (Pline, *H. n.*, 33, 2, 33 ; Pline, *Ep.*, 7, 33, 7. Paul, 2, 26, 8. *Dig.*, 48, 5, 5. 1. 12 4. 8. 10 et souvent ailleurs). *Postulare* seul n'est employé dans ce sens que là où le contexte rend sa signification claire (ainsi, *Dig.*, 48, 5, 30, 8).

(1) Il y a des preuves innombrables en ce sens. *Lex repetundarum* de 631 l. 19 : *in jous educito nomenque ejus deferto* et plusieurs fois ailleurs dans cette loi ; *petere nomenque deferre* sont unis l. 3. 4. 9 ; ailleurs ces deux expressions sont employées alternativement. Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 3, 8. 44, 132. *Verr.*, l. 1, 6, 15. l. 2, 28, 68 (à propos d'une accusation devant le préteur provincial). *Pro Cluentio*, 4, 11. 8, 23. 17, 49. *Pro Caelio*, 11, 26. 23, 56. *Pro Scauro*, 11, 23. *Dig.*, 37, 14, 10. On ajoute souvent le délit : *de parricidio nomen deferre* : (Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 10, 28) ; *de pecuniis repetundis nomen deferre* (Cicéron, *Divin.*, 3, 10) ; *veneficii nomen deferre* : (Cicéron, *De inv.*, 2, 19, 58). On emploie aussi *deferre* seul dans ce sens en ajoutant l'indication du délit. (Tacite, *Ann.*, 6, 19. 13, 19. 14, 48. Ammien, 27, 3, 2. c. 7, 8. 28, 1, 16. 44).

(2) *Nomen recipere* : Cicéron, *Verr.*, l. 2, 38, 94. Caelius, *Ad. fam.*, 8, 8, 2. Val. Max. 3, 7, 9. Sénèque, *Controv.* 3, *Praef.* 17, *Lud.* 14 : (*Aeacus*) *lege Cornelia quae de Sicariis lata est quaerebat ; postulat* (l'accusateur) *nomen ejus recipiat.* De même, *nomen referre :* Cicéron, *Verr.*, 4, 19, 40 (où il faut lire avec le meilleur manuscrit *referri* et non pas *deferri ;* car on désigne ici un acte du magistrat). De même, *recipere reum* ou *inter reos :* Tacite, *Ann.*, 2, 74. 3, 70. 13, 10. Ammien, 28, 1, 49. *Dig.*, 48, 2, 12, 1. tit., 3, 2, 2. tit., 3, 12, 2. l. 16, 7. l. 40, 2.

(3) *Deferre* sert, comme on sait, à désigner toute annonce, notamment toute annonce officielle ; il suffit de rappeler les tournures *ad senatum, ad aerarium, ad magistratum deferre* (*nomen deferre* pour désigner l'esclave qu'on doit soumettre à la torture, *Dig.*, 48, 5, 28, *pr.*). Les mots *deferre* et *delator* n'ont pas par eux-mêmes un mauvais sens, le substantif est même employé à la meilleure époque comme synonyme d'*accusator*, sans qu'on y ajoute une idée accessoire de blâme (II p. 42 n. 5). Toutefois les mots peuvent facilement recevoir par le contexte un sens accessoire mauvais ; dans le langage de la dernière période, ces expressions, notamment le substantif, servent, conformément à l'usage qu'on fait alors de la dénonciation pénale, à désigner un délit. Il en fut surtout ainsi pour les procès fiscaux, ainsi que nous l'exposerons spécialement dans la Section XI du Livre IV. Ces mots sont également usités, mais non dans le langage

montre donc ici, comme dans *postulare*, que l'acte s'accomplit entre le magistrat et le demandeur à l'exclusion du défendeur. *Nomen* désigne dans ces formules l'inscription de la personne dénoncée dans la liste des actions (1). Cette dénonciation avec insertion dans la liste des personnes à accuser est inconnue de la procédure civile ; l'ouverture du procès sur dénonciation est contraire à l'essence même du tribunal arbitral et il est également difficile que le préteur ait tenu une liste des défen- (384)
deurs ; car, après avoir expédié la procédure préalable, qui au moins par nature est sommaire, le magistrat n'a plus aucune part aux débats postérieurs devant les jurés et ceux-ci remplissent leur mission indépendamment du magistrat et indépendamment les uns des autres (2). Mais dans la vieille procédure pénale publique, procédure inquisitoriale ordinairement mise en mouvement par dénonciation, il a dû y avoir nécessairement des dénonciations de ce genre et un enregistrement des citations à comparaître ; les sources ont conservé quelques traces de ces vieilles *delationes* (3). La procédure des *quaes-*

---

technique, pour désigner l'accusation faite par profession dans un procès pénal (par ex., Tacite, *Ann.*, 12, 59. 13, 21. *Hist.*, 1, 2. 2, 10. Suétone, *Tib.*, 61. *Ner.*, 44. *Dom.*, 11, et ailleurs une quantité innombrable de fois). Nous reviendrons sur ce point à propos des peines qui frappent les accusateurs. — Philologiquement, on peut désigner sous ce nom les dénonciations qui ne conduisent pas à la procédure d'accusation. C'est dans ce sens que ce mot se trouve aux *Dig.*, 48, 4, 7, 2 ; toutefois on évite de l'employer dans cette acception contraire à l'usage de la langue technique. Dans l'édit de Constantin (Bruns, *Fontes* [6], p. 249), on oppose la *delatio*, comme dénonciation inadmissible, à l'*accusatio* (Sect. V du prés. Liv.).

(1) Les expressions *nomen deferre* et *recipere* se rapportent surtout à la liste des accusations ; ainsi que le prouvent les expressions corrélatives *nomen eximere* et *nomen referre* qu'on trouve déjà dans la *lex repetundarum* (l. 5 et 40 : ce dernier texte vise, semble-t-il, le cas où l'on anticipe sur le jour de comparution fixé au début : II p. 70 n. 2) ; ils désignent aussi d'une manière générale toute l'organisation de la procédure.

(2) Cette règle ne s'applique d'ailleurs pas sans restriction ; en effet, il y eut assez souvent dans la procédure civile fixation de plusieurs termes de comparution pour la même affaire et le maniement de la liste des jurés réclamait déjà à lui seul une certaine connaissance d'ensemble des procès en cours. Mais cela ne supprime pas la différence qui existe entre le rôle du magistrat dans cette procédure civile et celui du préteur désigné pour diriger personnellement une certaine catégorie de procès.

(3) Tite-Live, 9, 26, 7 : *capita conjurationis... priusquam nominarentur apud*

tiones a prescrit dans son premier stade l'emploi des formes ordinaires du droit privé pour la liaison de l'instance (1). L'enregistrement des citations s'est certainement introduit, de même que le préteur pérégrin reçut l'ordre de diriger personnellement le procès de *repetundae*. Ce fut seulement lors de la création d'un préteur spécial pour cette catégorie de délits que la principale occupation du magistrat fut de tenir une liste des accusations, comme cela avait lieu dans la vieille procédure criminelle, et ce fut vraisemblablement à partir de là que ce préteur reçut l'ordre d'admettre l'action sans que l'instance fut contradictoirement liée (2).

Inscriptio. La liste des accusations, dont nous déterminerons l'ordre de confection à propos de l'assignation, est dressée par l'insertion dans le registre du tribunal, *inscriptio*, que précède or-
(385) dinairement une requête provisoire du demandeur (3). Cette *inscriptio* mentionne après l'indication de la date et du magistrat qui dirige le procès (4) les noms du ou des accusa-

---

dictatorem. 39, 17, 1 : *indici praemium proposuerunt, si quis quem ad se deduxisset nomenve absentis detulisset*. 45, 37, 4 : *Servius Galba... (L. Paulum) privatum cum visurus esset, nomen deferret et legibus interrogaret*. En particulier, le second de ces textes emprunté au récit digne de foi que Tite-Live nous donne du procès des Bacchanales n'est pas suspect d'appliquer à un état de choses antérieur des règles de la procédure d'accusation ; on voit aussi apparaître nettement ici l'opposition entre la dénonciation avec production du prétendu coupable et la dénonciation de l'absent.

(1) *Lex repetundarum* l. 23 : [*aut quod cum eo lege Calpu*]*rnia aut lege Junia sacramento actum siet aut quod h*(*ac*) *l*(*ege*) *nomen* [*delatum siet*].

(2) Les paroles de la *lex repetundarum* que nous venons de rapporter montrent clairement que la *nominis delatio* unilatérale a été introduite par cette loi elle-même. Septime Sévère, *Cod.*, 9, 1, 1. Modestin, *Dig.*, 48, 5, 26. Fréquemment plus tard : *Cod.*, 9, 1, 10. c. 19. tit. 2, 16. tit. 35, 11. *Cod. Th.*, 2, 1, 8, 2 (= *C. Just.*, 9, 2, 16). 9, 1, 8. 9, 1, 19 (= *C. Just.*, 9, 2, 17). Symmaque, *Ep.*, 10, 49 et ailleurs.

(3) Dioclétien, *Cod.*, 9, 2, 8 : *praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens*. Apulée nous donne le commencement d'un tel écrit (*illud libelli nostri Atrox principium*) *Apol.*, 102 (cpr. c. 2) : *hunc ego, domine Maxime, reum apud te facere institui. Dig.*, 48, 5, 2, 8 : *Si... libellos inscriptionum deposuerit. Cod.*, 9, 45, 1 : *inscriptionibus depositis*. Juvénal, 6, 243 : *accusat Manilia, si rea non est; componunt ipsae per se formantque libellos*. Souvent le *libellus* et l'*inscriptio* ne sont pas nettement séparés.

(4) Paul, *Dig.*, 48, 2, 3, *pr.*, nous donne le schéma de cette inscription

teurs (1) et de l'accusé, la loi pénale qu'on reproche à ce dernier d'avoir violée et souvent même très brièvement le délit prétendu (2). Elle est ordinairement faite par le demandeur lui-même ou s'il ne peut écrire, par un représentant qui déclare cette incapacité (3). Les mentions qui n'apparaissent pas au premier plan dans l'enregistrement, comme celles des sous-accusateurs (II p. 42 n. 5) et de la cause spéciale de l'action (4), sont fréquemment opposées à l'*inscriptio* par l'em- (386)
ploi des mots *subscriptores* et *subscriptio*. Mais comme l'indication de la cause de l'action précise la nature même de l'acte délictuel, la *subscriptio* de cette cause sert aussi à désigner l'action elle-même (5) ; c'est ainsi que les termes *inscriptio*

(car c'est elle qui est ici visée, quoique le schéma soit annoncé par ces mots : *libellorum inscriptionis conceptio talis est*) pour l'action d'adultère : *consul et dies. Apud illum praetorem vel proconsulem L. Titius professus est se Meviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum G. Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse.* Cpr. Cicéron, *Pro Cluentio*, 31, 86 : *haerebat in tabulis publicis reus et accusator.* Lorsque les *acta* sont cités pour de pareilles indications (Asconius, *In Scaur.*, p. 19), on pense au journal dressé d'après les procès verbaux.

(1) On suppose donc ici que le magistrat a reconnu le droit d'accusation (*Dig.*, 48, 5, 16, 7), et qu'il y a même eu une décision judiciaire sur ce point en cas de concurrence de plusieurs demandeurs.

(2) Sénèque après les paroles citées II p. 54 n. 2 : *edit subscriptionem occisos senatores XXXV* etc. Le même, *De benef.*, 3, 26. Paul II p. 56 n. 4. C'est également à cette mention que se rapporte Paul, 5, 16, 14 : *reis suis edere crimina accusatores cogendi sunt : scire enim oportet, quibus sint criminibus responsuri.* Peut-être l'habitude de préciser le délit s'est-elle développée peu à peu dans la pratique judiciaire ; mais, dans la procédure pénale, le demandeur n'est nullement lié par ces indications comme il le serait dans la procédure civile par la formule prétorienne.

(3) *Dig.*, 48, 2, 3, 2 : *subscribere debebit is qui dat libellos se professum esse, vel alius pro eo, si litteras nesciat.* 48, 2, 7, 1 (II p. 58 n. 2) *C. Th.*, 9, 3, 4 : *in codice publico sollemnia inscriptionis implere.* Une déclaration orale a été temporairement admise pour le crime de faux (*C. Th.*, 2, 9, 19. 9, 1, 5. tit. 19, 4 = *C. Just.*, 9, 22, 23) ; en général, elle ne suffit pas (*C. Th.*, 9, 1, 5).

(4) Cicéron, *De inv.*, 2, 19, 58 : *cum veneficii cujusdam nomen esset delatum et quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum.* Le même, *Pro Cluentio*, 45, 127. 47, 130.

(5) *Subscribere* et *subscriptio* sont fréquemment employés dans ce sens général. Ulpien, 48, 2, 7, *pr.* : *si cui crimen obiciatur, praecedere debet crimen subscriptio.* 47, 1, 3 : *subscribere eum in crimen oportebit.* 47, 2, 93. *Cod.*, 9, 2, 13. tit. 20, 3. Dans la constitution *C. Th.*, 9, 1, 14 = *C. Just.*, 9, 2, 13, la vieille rédaction porte *vinculum inscriptionis*, la rédaction récente porte *subscriptionis*.

et *subscriptio* sont parfois employés indifféremment l'un pour l'autre. Lors de l'inscription, le demandeur doit, au moins dans le cas de citation privée, fournir, comme dans l'action privée, le *jusjurandum calumniae* (1). Toutefois, il n'est pas certain que ce serment soit exigé de tout demandeur et on peut difficilement le considérer comme le fondement juridique de l'action contraire de *calumnia* qui éventuellement sera dirigée contre ce plaideur. En outre, pendant la dernière période, le demandeur doit lors de l'inscription fournir caution qu'il poursuivra le procès (2). Lorsque cesse pour le magistrat l'obligation de faire l'inscription, le procès sort du domaine de l'accusation pour passer dans celui de la *cognitio* (II p. 10 sv).

Liaison de l'instance.

Sous la rubrique liaison de l'instance avec le défendeur, nous embrassons tout ce qui nous est parvenu sur l'*in jus vocatio*, le *sacramentum*, l'*interrogatio lege*.

In jus vocatio.

L'*in jus vocatio* est la citation privée du droit civil, la *lex Acilia repetundarum* la place avant la *nominis delatio* (3).

---

(1) La *lex repetundarum* poursuit l. 19 : *sei dejuraverit calumniae causa non po*[*stulare*]; de même dans le fragment *C. I. L.*, I, 210. Asconius, *In Cornel.*, p. 63. 64 : (*Metellus*) *in Curionem calumniam juravit.* Caelius, *Ad. fam.*, 8, 8, 3 : *de divinatione Appius cum calumniam jurasset, contendere ausus non est.* Tite-Live, 33, 47, 5 ; *nisi velut accusatores calumniam in eum jurarent.* Sénèque, *Controv.*, 7, 4 [19], 7. — Dans la procédure civile à laquelle ce *jusjurandum calumniae* est emprunté, celui-ci se présente dans les sources juridiques (Gaius, 4, 174 sv.) avec cette particularité que le défendeur a le droit de l'exiger du demandeur, mais qu'en agissant ainsi il renonce au *judicium calumniae.*

(2) *Dig.*, 48, 2, 7, 1 : *cavent singuli, quod crimen obiciant et praeterea perseveraturos se in crimine usque ad sententiam. Cod.*, 9, 1, 3 : *qui crimen publicum instituere properant, non aliter ad hoc admittantur, nisi prius inscriptionum pagina processerit et fidejussor de exercenda lite adhibitus fuerit. Cod.*, 9, 45, 1 : *causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fidejussore de exercenda lite praestito. C. Th.*, 9, 2, 3 (= *C. Just.*, 9, 3, 2, 1) *non prius adsimulanti accommodetur adsensus quam sollemni lege se vinxerit et in poenam reciproci stilo trepidante recaverit.*

(3) *Lex repetundarum* l. 6 : *is eum unde petet in jous ed*[*ucito*], l. 19 : *quei ex h. l. pecuniam ab a*[*rvorsario petet, is eum unde petet*]... *in jous educito nomenque ejus deferto.*

Mais on ne trouve aucune trace de son application pratique (387)
dans les procès qui ont eu réellement lieu, même dans celui de Verrès. Par contre, elle apparaît encore, et même aussi complète que dans la procédure civile de la loi des XII tables, dans les parodies de *quaestiones* de l'époque impériale (1).

Le *sacramentum* est la forme d'introduction d'instance *Sacramentum.*
prescrite par l'ancien droit civil pour toutes les actions privées pour lesquelles il n'était pas spécialement écarté (2). C'est par ce procédé que le procès de *repetundae* est constamment ouvert avant l'époque des Gracques; mais son emploi n'est plus nécessaire depuis la *lex Acilia repetundarum* (II p. 56 n. 1).

L'interrogation de l'accusé (3) dont il est si souvent ques- *L'Interrogatio lege.*
tion est difficilement empruntée, comme la *nominis receptio*, à la procédure criminelle relevant du magistrat (4), elle vient

---

(1) Sénèque le Rhéteur, *Controv.*, 3 *Praef.*, 19 : *nanctus eum in jus ad praetorem voco et... postulavi, ut praetor nomen ejus reciperet lege inscripti maleficii* (c'est-à-dire d'un délit qui n'est pas prévu dans les lois ; cette action fictive joue un rôle dans les écoles de rhéteurs : Quintilien, *Inst.*, 7, 4, 36, *Decl.*, 344). Chez Sénèque le Philosophe, à la fin de la satire sur Claude, l'accusateur dit à ce dernier : *in jus eamus* et le conduit devant le tribunal d'Aeacus.

(2) Gaius, 4, 13.

(3) Dans la *lex repetundarum*, l. 35, on trouve, après la réglementation de la procédure de la preuve et avant les règles sur le serment des jurés, la rubrique *praetor utei interroget ;* mais la disposition même de la loi ne nous est pas conservée. Cicéron, *De domo*, 29, 77 : *quis me umquam ulla lege interrogavit ? quis postulavit ? quis diem dixit ?* Salluste, *Cat.*, 18 : *P. Autronius et P. Sulla designati consules* (688/66) *legibus ambitus interrogati poenas dederunt.* Le même, *Cat.*, 31 : *lege Plautia interrogatus erat* (Catilina, 691/63) *ab L. Paullo.* Velleius. 2, 13 : *P. Rutilium* (662/92) *interrogatum lege repetundarum damnaverunt.* Tacite, *Ann.*. 14, 46 : *damnatus... repetundarum Bithynis interrogantibus.* Le même, 16, 21 : (*Cilicum legati*) *Capitonem repetundarum interrogant.* Il faut faire abstraction des indications du Scoliaste des Verrines peu digne de créance. *In Verr.*, l. 2, 3, 8, p. 206 : *accusari coeperat* (M. Lépidus, vraisemblablement le consul de 676/78) *a duobus Metellis Celere et Nepote, qui cum legibus interrogassent... destiterunt* et *Act.* 1, 2, 5, p. 128 : *quid est reum fieri nisi apud praetorem legibus interrogari ? Cum enim in jus vocatus esset, dicebat accusator apud praetorem reo : aio te Siculos spoliasse ; si tacuisset, lis ei aestimabatur, ut victo ; si negasset, petebatur apud magistratum dies inquirendorum ejus criminum et instituebatur accusatio.*

(4) Les indications de Tite-Live, 38, 50, 8 : *neminem unum tantum eminere civem debere, ut legibus interrogari non possit* et 45, 37, 4 (II p. 55 n. 3) peuvent avec raison être reportées de la procédure récente à la procédure

(388) de la procédure civile. En la forme, les questions sont posées par le magistrat et doivent l'être par lui, de même que dans la procédure civile le magistrat a seul le droit de poser des questions au défendeur, mais, au fond, c'est naturellement le demandeur qui interroge (1). L'objet des questions n'est nullement précisé; mais comme il n'y a pas d'interrogatoire proprement dit dans cette procédure, on a dû seulement demander si la personne citée reconnaissait la compétence de la cour judiciaire établie par la loi visant le délit dont il était question ou si elle élevait des objections à cet égard. On lui demandait également si elle se reconnaissait coupable ou non d'une violation de cette loi. La mention de cette loi pénale dans l'*inscriptio* introductive d'instance était manifestement faite en vue de ces questions. Il en résultait, comme il résultait du reste de l'organisation de cette procédure, que ces questions devaient être posées préalablement à la constitution du jury. Le fait que les Verrines et tous les procès que nous connaissons bien ne mentionnent pas cet acte et la juxtaposition de l'*interrogatio lege illa* et de la requête du demandeur tendant à la constitution du jury prévu par cette même loi (2) rendent vraisemblable la conjecture d'après laquelle on aurait eu le choix entre les deux procédés.

---

ancienne. Contre la filiation historique rejetée au texte, on peut objecter au fond que dans la vieille procédure pénale relevant du magistrat le procès a bien débuté régulièrement par l'interrogatoire sur la question de culpabilité, mais que cet interrogatoire n'a pas porté uniquement sur la violation d'une loi déterminée, comme cela a lieu dans la procédure civile ordinairement liée à une disposition particulière de l'édit ; car une pareille restriction est inconciliable avec la liberté dont jouit le magistrat dans cette procédure criminelle. Il est vraisemblable que la question posée dans la procédure des *quaestiones* est uniquement la question ordinaire de la procédure civile, à la suite de laquelle le défendeur est traité comme *confessus* ou la formule est délivrée par le magistrat.

(1) La *lex repetundarum* dit expressément que les questions sont posées par le magistrat. C'est pour la même raison que la procédure civile ne connaît d'*interrogatio* qu'*in jure*. Mais l'accusation ne pouvait être formulée que par le demandeur sous réserve de l'approbation du magistrat et il est vraisemblable que celui-ci n'a souvent au fond fait qu'assister à la formation de la demande.

(2) D'après Cicéron, *De domo*, 29, 77 (II p. 59 n. 3) le procès pénal peut

Les deux règles juridiques également certaines, d'après lesquelles le procès pénal peut être engagé par voie de citation privée et peut l'être aussi d'une manière unilatérale par le demandeur, se concilient à condition d'admettre une double procédure : l'une, forme normale de la procédure civile, se réaliserait par la citation que ferait le particulier, la comparution des deux parties devant le tribunal, l'interrogation du défendeur par le magistrat pour savoir s'il est coupable et, en cas de réponse négative, par l'inscription du défendeur dans la liste des accusés; l'autre est la forme normale du droit pénal public, elle comprend la dénonciation au magistrat, l'offre faite par le dénonciateur de fournir la preuve dans une procédure contradictoire (1) et l'acceptation de cette offre par le (389)
magistrat au moyen de l'inscription du dénoncé dans la liste des accusés. L'*in jus vocatio* et la *nominis delatio* doivent être considérées comme deux procédures alternativement possibles (2). La première est seule admise à l'origine : elle devient dans la suite, semble-t-il, théoriquement la forme normale et en fait la forme exceptionnelle. Il est possible que plus tard des lois, par exemple la *lex Julia* sur la procédure, aient expressément supprimé la citation de droit privé pour le procès pénal (3). Quant à la seconde procédure, la seule qui subsiste sous le Principat, elle exclut tout acte procédural

---

être engagé ou comme *quaestio* par *interrogatio* ou *postulatio*, ou comme procès comitial par *diei dictio*.

(1) Cette offre sépare la *nominis delatio* de la dénonciation du droit pénal. On peut au moins comparer cette procédure avec la *legis actio per judicis postulationem* du droit privé.

(2) Il n'est pas permis, étant donné l'état fragmentaire du texte, de tirer des conclusions de la rédaction copulative de la *lex repetundarum* qui nous a été conservée en partie (II p. 58 n. 3). Les termes de cette même loi cités II p. 56 n. 1 prouvent irréfutablement que, par opposition à l'ancien procès de *repetundae* avec introduction bilatérale d'instance, cette loi a précisément établi la procédure de *nominis delatio* qui au début est unilatérale.

(3) On peut citer comme fait connexe la suppression des *legis actiones* par la *lex Julia judiciorum publicorum* (I p. 150 n. 6). On peut concilier avec cela la parenté de l'*in jus vocatio* grotesque des parodies de procès datant de l'époque impériale (II p. 59 n. 1).

antérieur à la citation de comparaître. On ne trouve nulle part la trace d'une communication de l'accusation faite par le magistrat au défendeur (1) et dont la réception pourrait être considérée comme liaison contradictoire de l'instance. Le demandeur n'est pas davantage obligé de donner connaissance de l'accusation au défendeur; il est maintes fois question de pareils avertissements, mais il n'y est jamais fait allusion en ce sens que leur réalisation par le demandeur et leur réception par le défendeur doivent être comptées parmi les *es-*
(390) *sentialia* du procès pénal (2). Il est manifeste que dans la procédure des *quaestiones* le magistrat n'a pas été réduit à attendre l'accord des parties, requis pour le procès privé, mais a déjà pu, à la suite de la dénonciation unilatérale de la procédure pénale publique, fixer le temps des débats et citer les parties. C'est principalement dans cette citation du magistrat que se manifeste le renforcement de la procédure du jury par la présidence du magistrat, et c'est surtout par là que la procédure de la *quaestio* se sépare du procès civil ordinaire. Elle est la citation de la procédure pénale publique telle qu'elle a été caractérisée dans le Livre précédent (I p. 187. 379 sv.). A vrai dire, conformément au caractère mixte de cette procédure,

(1) Cette procédure paraît avoir eu lieu dans le *judicium publicum* originaire (I p. 213 n. 3); mais l'analogie est ici trop éloignée.

(2) C'est ce que montre clairement le procès d'adultère : il exige la dénonciation de l'action prochaine à celle qui doit être accusée pour l'empêcher de contracter un second mariage, mais cette dénonciation ne se confond pas avec l'inscription. *Dig.*, 48, 5, 18, 1 : *quid, si non quidem denuntiavit, verum libellos accusatorios dedit, antequam nuberet, eaque, cum id cognovisset, nupsit, vel ignorans? Puto non videri ei denuntiatum, idcirco non posse accusatorem ab ea incipere.* La formation de la demande ne dépend donc pas de la dénonciation, c'est ce que montrent deux textes de Papinien, *Dig.*, 48, 5, 40, 6 : *duos quidem adulterii simul non jure... postulari convenit; cum tamen duobus denuntiatum fuisset ab eo, qui postea desistere volebat, abolitionem esse necessariam in utriusque personam respondi* et *Dig.*, 48, 16, 4 *pr.* : *mulier... falsi crimen injuriae propriae post interpositam denuntiationem desistens omisit.* L'*abolitio* exigée dans les deux textes montre que la dénonciation avait eu lieu après l'inscription. On voit par là, ce qui d'ailleurs est naturel, que le demandeur, après avoir introduit son action, en donne souvent connaissance au défendeur (c'est à cela qu'il faut aussi rapporter l'*actio edita* de la constitution *Cod.*, 3, 9, 1, (II p. 66 n. 1), mais qu'il n'y est pas obligé.

elle est plus douce que la citation du droit privé : la coercition personnelle est ici écartée et le magistrat qui prête ici son appui à l'accusateur privé n'a pas le droit de faire amener le défendeur par force, ni même de le faire arrêter. Mais elle est assimilée à certains égards à la citation de la procédure publique proprement dite : le défendeur n'a aucun acte positif à accomplir avant l'audience, ainsi que le prouve le silence complet des sources abondantes que nous possédons sur cette procédure ; dans cette audience on recherche uniquement s'il a comparu ou fait défaut et, dans ce dernier cas, le procès peut être continué jusqu'à la condamnation, même en l'absence du défendeur.

La formule du droit civil, qui sert d'instruction aux jurés, n'est pas ici nécessaire, étant donné que le magistrat qui instruit le procès, le dirige également. Mais l'*in jus vocatio* et le *sacramentum* ne se laissent pas aisément concevoir sans une telle formule, aussi a-t-on appliqué à la procédure criminelle les divisions techniques de la formule des procès civils (1). Lorsque le procès est ouvert par ces actes, il a dû nécessairement y avoir une formule ; celle-ci est remplacée jusqu'à un certain point par la requête de l'accusateur enregistrée par le magistrat, lorsque la procédure a été engagée sans citation privée, ce qui pratiquement est le seul cas à considérer.

Conséquences et moment de la mise en accusation.

Nous avons maintenant à rechercher à quel moment l'action pénale commence à être pendante et quelles sont les conséquences juridiques de cette litispendance. A vrai dire, il n'y a pas à tenir compte de ce moment pour l'usage peu louable dont l'existence peut être prouvée déjà pour le dernier siècle de la République (2) et d'après lequel celui qui est

(1) Quintilien, 7, 5, 2, parle d'*intentio* et de *praescriptio* à propos de l'action criminelle.

(2) Elle est mentionnée pour la première fois chez Aulu-Gelle, 3, 4, pour le second Africain (= 625/129). Les récits colorés du vieux temps (Tite-Live, 2, 35, 5. c. 54, 3. c. 61, 5. 3, 58, 1. 4, 42, 8. 6, 20. 8, 37, 9. Denys, 7, 54.

(391) exposé à une condamnation pénale soit des comices, soit d'un jury, prend, ainsi que ses amis les plus proches, les marques extérieures de deuil et paraît en public dépouillé des insignes de son rang (1), négligemment vêtu (2), la barbe (3) et les cheveux (4) non coupés. En effet, aucune de ces personnes n'est obligée à ces manifestations, elle peut les interrompre à son gré (5), de même qu'elle peut les commencer quand elle le veut. Mais l'état de prévention, de *reatus*, entraîne de véritables conséquences juridiques :

Toilette de deuil.

Délais de l'accusation pénale.

1. Les délais de forclusion pour l'introduction de la demande (6) ou pour l'expédition des demandes introduites (7) se comptent a partir du jour où a commencé la litispendance.

Conséquences du *reatus* pour les droits honorifiques.

2. Bien que l'accusé ne soit évidemment pas considéré comme coupable avant la sentence (8), une restriction de ses droits civiques dès la litispendance se produit déjà dans différents cas à l'époque républicaine (9), et d'une manière géné-

---

Suétone, *Tib.*, 2) ne prouvent rien. — Cpr. encore Cicéron, *Pro Plancio*, 13, 29. *Pro Lig.*, 11, 32. Appien, *B. c.*, 3, 24. Tacite, *Ann.*, 2, 29. Suétone. *Vit.*, 9. Martial, 2, 24. 36. 94.

(1) Val. Max., 6, 4, 4.

(2) C'est le *squalor* souvent mentionné. On se dépouille notamment de la *vestis* blanche et paraît en public dans la *paenula* (*sordidatus* : Cicéron, *De or.*, 2, 47, 195 et souvent ailleurs ; *obsoletius vestitus* : le même, *in Verr.*, 1. 1, 58, 152 ; *non candida veste* : Aulu-Gelle, 3, 4 ; *vestis mutatio* : Sénèque, *Ep.*, 18, 2 ; cpr. Becker-Rein Gallus 3, 120 ; *St. R.*, 3, 220 n. 2 [*Dr. publ.*, 1, 248, n. 2]).

(3) Aulu-Gelle 3, 4.

(4) *Submittere capillum* : Pline, *Ep.*, 9, 22, 14. *Dig.*, 47, 10, 39.

(5) Aulu-Gelle, 3, 4 ; Plutarque, *Cic.*, 35. Il en est de cet usage comme du costume des candidats aux charges. La législation postérieure ne permet cette démonstration qu'aux parents (*Dig.*, 47, 10, 39).

(6) Ulpien, *Dig.*, 48, 5, 30, 7 : *quinquennium* (dans l'action d'adultère)... *accipiendum est... ad eum diem, quo quis postulatus postulatave est, et non ad eum diem, quo judicium de adulteriis exercetur.* Ulpien ajoute que le jour de la *postulatio* est celui des *libelli accusatorii* (toujours datés : II p. 21 n. 3) et que si plusieurs personnes forment ensemble une accusation, on s'attache au premier jour de la postulation.

(7) Marcien, *Dig.*, 50, 4, 7, *pr. C. Th.*, 9, 19, 2. tit. 36, 2 (= *C. Just.*, 9, 44, 2). Justinien, *Cod.*, 9, 44, 3 (d'après laquelle *Cod.*, 9, 44, 2 est modifiée).

(8) Ulpien, *Dig*, 48, 4, 11 : *is qui in reatu decedit, integri status decedit, extinguitur enim crimen mortalitate.* Julien, *C. Th.*, 9, 2, 1. Différents délits sont cependant exclus de la règle (Ulpien, *loc. cit.* ; Modestin, *Dig.*, 48, 2, 20).

(9) Cicéron, *De l. agr.*, 2, 9, 24. Sur l'exclusion de la candidature au

rale, sous l'Empire, en ce sens qu'il lui est interdit de briguer des magistratures, notamment s'il est soumis à une accusation capitale (1). (392)

3. La règle du droit civil d'après laquelle l'action privée délictuelle perd par la déduction en justice son caractère délictuel pour revêtir un caractère contractuel et passer par conséquent aux héritiers, lorsque l'auteur du délit meurt défendeur, n'est pas applicable à l'ancienne forme des procès criminels devant les magistrats, mais elle a été, du moins dans la jurisprudence du IIIe siècle, transportée aux *quaestiones* en ce sens que les conséquences patrimoniales des actions criminelles intentées suivant cette dernière procédure furent traitées comme obligations délictuelles (2).

Transmission de l'action pénale aux héritiers.

Le moment où commence la litispendance n'est pas déterminé d'une manière uniforme. Au début, on s'attache au jour de l'inscription, tout au moins pour calculer le délai de la prescription d'action (3). A d'autres points de vue, au contraire, et dans le droit de Justinien même pour la prescription de l'action, le procès est considéré comme commençant avec le début des débats judiciaires, et ce moment est ici qualifié

La litis contestatio du droit criminel.

---

consulat qui frappe Catilina, cpr. *St. R.*, 1, 503, n. 1 [*Dr. publ.*, 2, 153, n. 2]. En principe, c'est la règle contraire qui s'applique (Asconius, *In Scaur.*, p. 19; Dion, 40, 51).

(1) Papinien, *Dig.*, 50, 1, 17, 12. tit. 4, 6, 2. l. 7, *pr. Cod.*, 2, 12, 6 (d'après la traduction grecque). 10, 60, 1. En cas d'accusation capitale, l'affranchissement de ses esclaves est interdit à l'accusé (*Dig.*, 40, 1, 8, 1. 2) et les donations faites peuvent aussi subir des restrictions (*Dig.*, 39, 5, 15).

(2) Modestin, *Dig.*, 48, 2, 20 : *ex judiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et* (on attend *nec*) *condemnatio fuerit secuta... ex ceteris delictis* (c'est-à-dire à l'exclusion de l'accusation de *repetundae* et de celle de lèse-majesté qui peuvent être formées même après la mort du coupable) *poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota sit, licet non fuit condemnatio secuta.* Paul, *Dig.*, 44, 7, 33 : *constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri quasi lite contestata cum mortuo.*

(3) *C. Th.*, 9, 36, 1. 2 (modifié *C. Just.*, 9, 44, 2). Les mots *C. Th.*, 9, 19, 2 = *C. Just.*, 9, 22, 22 : (*Anni*) *exordium testatae apud judicem competentem actionis nascetur auspicio* devaient dans l'esprit de l'auteur de la constitution se rapporter à l'inscription, mais dans le code de Justinien ils doivent vraisemblablement être entendus autrement.

de *litis contestatio* du droit criminel (1). L'apparition de cette
(393) notion en droit criminel est surprenante. La procédure des *quaestiones* est certainement une institution hybride, issue de la combinaison de la procédure pénale privée et de la procédure pénale publique et la *litis contestatio* a dû s'y rencontrer, lorsque le procès était engagé par voie de *sacramentum* ou plus généralement par voie d'*in jus vocatio*. Mais la forme unilatérale et tout à fait prédominante en pratique de la *nominis delatio* exclut la liaison contradictoire de l'instance et il n'y a aucune considération théorique ou pratique qui milite pour l'extension de cette liaison contradictoire à la procédure des *quaestiones* en général. Ajoutons, comme argument d'un grand poids en ce sens, que les sources anciennes, par ailleurs si abondantes sur cette forme de procédure, ne parlent pas de *litis contestatio*. Celle-ci apparaît pour la première fois en droit criminel dans la science du droit du temps des Sévères et de l'époque postérieure. Cette extension s'explique très bien pour cette époque parce qu'elle répondait aux intérêts du fisc qui pouvait ainsi appliquer les peines d'un caractère patrimonial aux héritiers du coupable mort au cours du procès. Il est très vraisemblable que l'État s'est ici servi d'une théorie juridique ingénieuse pour se procurer de l'argent (2).

Réglementation par le magistrat de l'instruction préalable menée par l'accusateur.

Tandis que dans la procédure pénale publique c'est au magistrat qu'il appartient de procéder à l'instruction et de four-

(1) Macer, (*Dig.*, 48, 16, 15, 5, nous montre que la *litis contestatio* du procès criminel (II p. 65 n. 1) est distincte de l'inscription et lui est postérieure: *qui post inscriptionem ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint... in senatus consultum* (*Turpillianum*) *non incident*. La notion générale telle que l'empereur Septime Sévère la définit (*Cod*., 3, 9, 1): *res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita; inter litem enim contestatam et editam actionem* (II p. 62 n. 2) *permultum interest*: *lis enim tunc videtur contestata, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit* servira aussi de règle pour la *litis contestatio* du droit criminel.

(2) Cicéron, *Verr*., l. 1, 6, 16: *vim in inquirendo tantam habui quantam mihi lex dabat.*

nir les preuves devant le peuple, c'est-à-dire de faire l'*anquisitio*; dans la procédure des *quaestiones*, l'instruction et la preuve à fournir devant le tribunal incombent à un particulier auquel on s'en remet en principe du soin de réunir, comme il le peut, les matériaux nécessaires à la prestation de la preuve. Mais la position d'enquêteur judiciairement institué donne jusqu'à un certain point à l'accusation du demandeur le caractère d'une *cognitio* de magistrat. Les pouvoirs plus étendus que ceux du simple particulier demandeur qui lui compètent à cet égard lui sont conférés pour partie par les lois organiques des *quaestiones* et pour partie par des délégations spéciales que lui fait le magistrat directeur du procès. Ce sont là des points que nous exposerons plus loin dans la Section des moyens de preuve. Lorsque l'instruction doit être conduite hors de Rome, l'enquêteur, semblable en cela au gouverneur de province, a près de lui comme auxiliaires un certain nombre de compagnons (*comites*), dont le maximum est fixé par la loi (1). Dans le procès de *repetundae*, l'enquête (394) est poursuivie à l'époque impériale non par le représentant des victimes, mais par celles-ci elles-mêmes (2).

Constitution du jury.

Au nombre des actes qui préparent le procès, il faut encore mentionner, lorsque celui-ci doit aller devant des jurés, la constitution du jury par voie de tirage au sort ou par voie

(1) Cicéron, *Pro Flacco*, 6, 13 : *lege hac recenti ac nova (Julia repetundarum) certus est inquisitioni comitum numerus constitutus.* On ne peut concilier avec les paroles de Cicéron, *Divin. in Caec.*, 16, 41, l'affirmation qu'une loi aurait prescrit d'adjoindre à l'accusateur un représentant de l'accusé (Plutarque, *Cato min.*, 21). Cette règle, si elle a jamais été posée, ne date que d'une époque postérieure.

(2) Si dans le procès de *repetundae* de l'époque impérial l'enquête sur les lieux n'est pas faite par l'avocat des victimes, mais par celles-ci elles-mêmes, (Pline, *Ep.*, 3, 9, 6. 29 sv. 5, 20, 1. 6) il n'y a pas là à proprement parler une dérogation aux règles ordinaires, car dans ce procès l'avocat occupe une situation intermédiaire entre celle de l'avocat, représentant des victimes, et celle de ministère public (II p. 35). La République suit ici la seconde conception, le Principat la première.

de proposition et de rejet, dont nous avons déjà parlé dans le Livre II (I p. 247 sv.). Nous ne savons pas clairement à quel moment de la procédure introductive d'instance cet acte a eu lieu ; il est vraisemblable que cette question a été différemment réglée dans les lois organiques des *quaestiones*. Ordinairement, la désignation des jurés pour chaque procès particulier a dû avoir lieu avant le commencement du débat contradictoire, afin de ne pas déranger inutilement la plus grande partie des jurés qui figurent sur la liste globale. Si, dans les procès provoqués par le meurtre de Clodius, le débat eut lieu devant la totalité des jurés convoqués dans ce but et si le tirage au sort de ceux qui devaient voter précéda immédiatement le vote lui-même (I p. 231 n. 1), il y a là évidemment une procédure exceptionnelle. L'*editio* que prescrit la *lex Acilia repetundarum* (I p. 251 n. 2) doit avoir lieu dans un délai de soixante jours qui commence vraisemblablement avec le jour de l'inscription de l'action. Ce délai se divise de la manière suivante : le demandeur désigne au défendeur dans l'espace des 20 premiers jours 100 jurés pris parmi les 450 noms qui figurent sur la liste électorale et pendant les 40 jours suivants le défendeur choisit dans les 100 noms qui lui ont été indiqués 50 jurés qui, avec le président, constituent la cour judiciaire. Par contre, le tirage au sort a dû le plus souvent fournir une liste de jurés comprenant ceux qui voteront et ceux qui seront récusés et la récusation a dû précéder immédiatement le début de la procédure contradictoire (1) de telle façon que les jurés écartés
(395) étaient libérés. — Il est vraisemblable que les différentes lois organiques des *quaestiones* ont posé pour ces actes des règles spéciales très variées.

Serments des jurés.

Apparemment, l'ancien droit n'a pas connu le serment de celui ou de ceux qui sont appelés à prononcer la sentence. Les magistrats, ayant mission de rendre un jugement

(1) Cicéron, *Ad Att.*, 4, 16, 5 : *Drusus reus est factus* (pour prévarication ; le premier délit n'est pas connu) *a Lucretio judicibus reiciendis a. d. V non Quint.*

ou de diriger un procès, n'ont jamais prêté de serment (1), et il est vraisemblable qu'il en a été de même au début pour les jurés. Mais de bonne heure déjà il semble qu'il ait été d'usage que le particulier, qui jugeait (2) ou votait (3) dans un procès, confirmât par un serment l'expression de sa conviction personnelle. Puis, les différentes lois sur l'accusation ont imposé au magistrat qui dirigeait le procès le mandat de faire prêter le même serment, avant le commencement des débats, aux jurés appelés à voter (4). C'est Justinien le premier qui a prescrit d'une manière générale le serment des juges (5). — Les noms des juges assermentés sont portés à la connaissance de tous par des affiches apposées au siège du tribunal (6).

Fixation du jour de l'audience.

Enfin, la fixation du jour de l'audience appartient au magistrat qui dirige le procès. On ne peut pas prouver que le

---

(1) Le préteur qui dirige la *quaestio* ne prête aucun serment (Cicéron, *Verr.*, Act. 1, 10, 32). C'est par méprise que l'on a considéré comme un serment de juge (cpr. Liv. IV, sect. 11) celui pour l'omission duquel le *judex quaestionis* C. Junius est condamné (Cicéron, *Pro Cluentio*, 33-35).

(2) Cela était d'usage pour le juré du droit privé : Cicéron, *De off.*, 3, 10, 43. 44. *Acad. pr.*, 2, 47, 146. *Val. Max.*, 7, 2, 4. Quintilien, 5, 6, 4. *Cod.*, 3, 1, 14, *pr.* Sénèque, *Controv.*, 9, 2 [25], 11 : *damnaturi* (en cas d'acquittement, la prestation de serment s'imposait moins) *jurant nihil se gratiae, nihil precibus dare.* Ce serment n'est nullement prêté avant le commencement des débats, mais seulement au moment de rendre la sentence.

(3) C'est ce qui a lieu dans le tribunal sénatorial : le sénateur qui vote n'a pas encore prêté serment, mais au moment où il donne sa voix il la confirme par serment (Tacite, *Ann.*, 1, 74. 4, 21).

(4) *Lex repetundarum*, l. 36 [*praetor... quei in ea*]*m rem joudices erunt ante quam primum caussa d*[*icetur, apud se jourent facit*]*o ;* ils doivent jurer *pro rostreis in forum* [*vorsus*] de remplir leur devoir, notamment d'entendre consciencieusement les témoins. Ce serment est mentionné fréquemment (Cicéron, *De inv.*, 1, 10, 48. *Pro Sex. Roscio*, 3, 8. 52, 152. *Verr.*, Act., 1, 10, 32. c. 13, 40. l. 1, 4, 9. 5, 8, 19 ; en outre, dans les scolies embrouillées sur les *Verr.*, p. 132. 143. 147, il est faussement indiqué comme serment *in leges*). Il était prescrit non seulement pour le délit de *repetundae*, mais aussi pour le procès de meurtre, vraisemblablement encore pour d'autres procès, peut être pour toutes les *quaestiones*.

(5) *Cod.*, 3, 1, 14.

(6) *Lex repetundarum*, l. 38.

(396) défendeur ait eu quelque influence dans la fixation de ce jour ; le magistrat tient au contraire un compte équitable des convenances du demandeur, lorsqu'une enquête est nécessaire, et accorde des délais proportionnés aux besoins de la cause (1). Toutefois ces délais paraissent n'avoir été fixés que par un accord intervenu entre le magistrat et le demandeur ; le premier accordait au second un certain laps de temps, mais le demandeur pouvait le cas échéant obtenir du magistrat que le jour de l'audience fût avancé (2).

Lorsque le demandeur amenait le défendeur devant le magistrat et qu'aucun autre obstacle ne s'y opposait, la citation pouvait être omise et le procès commencer immédiatement ; toutefois un pareil procédé était d'une rigueur exorbitante (3) et presque inapplicable, lorsque la procédure requérait la coopération de jurés ; la règle était donc que les parties et les jurés fussent convoqués pour un jour déterminé (4) en vue de l'accomplissement de la procédure qui devait avoir lieu sur le fon-

---

(1) Asconius, *In Scaur.*, p. 19 : *inquisitionis in Sardiniam itemque in Corsicam insulam dies tricenos* (c. à d. pour chaque île) *acceperunt.* Cicéron obtient pour l'instruction contre Verrès 110 jours, un autre accusateur 108 (*Verr.*, l. 1, 11, 30 cpr. act., 1, 2, 6). Tacite, *Ann.*, 13, 43 : *inquisitio annua.*

(2) Si Cicéron n'emploie que 50 jours au lieu de 110 pour réunir les matériaux de l'accusation (*loc. cit.*), la seule explication convenable de ce fait est d'admettre que le jour de l'accusation a été avancé d'autant. Cela est encore plus évident dans le cas de Scaurus, car ses accusateurs renoncent à l'enquête (ce que Cicéron, *Pro Scauro*, 11, 23, blâme) et hâtent le plus possible le procès en vue de l'élection prochaine des consuls. Les termes qui nous sont conservés de la *lex repetundarum*, l. 40 : [*praetor sei refer*]*re poterit facito quojus deicet nomen referre*, concordent avec ce que nous venons de dire. Le magistrat peut donc avancer la citation proprement dite, il ne peut pas la reculer (Festus, *v. referri*, p. 289) ; le délai accordé à l'accusateur ne détermine donc pas nécessairement l'époque pour laquelle la citation doit être faite.

(3) Dans le procès imaginaire de meurtre intenté contre Claude après sa mort (Sénèque, *Lud.*, 14), l'avocat, après la constitution du tribunal, sollicite une pause (*postulat advocationem* ; sur l'expression, cpr Sénèque l'Ancien, *Contr.*, 3 *Praef.*, 17 et Sénèque le Jeune, *De ira*, 1, 28, 1. 3, 12, 4. *De trang. an.*, 14, 3. *Ad Marc.*, 10, 4. *Nat. q.* 7, 10, 2), que le magistrat lui refuse. De même Pline, *Ep.*, 3, 9, 32.

(4) Asconius, p. 40 *ambo quaesitores Torquatus et Domitius* (dans le procès contre Milon pour cause de violence et de lèse-majesté) *prid. non Apr. reum adesse jusserunt* et souvent ailleurs.

dement de la loi visée par l'acte d'accusation (1). Lorsqu'aucun obstacle ne s'y opposait, ce jour était souvent le dixième après l'introduction de la demande (2) ; parfois le trentième (3). (397) Nous ne savons rien de précis sur la forme de la citation ; ordinairement, la convocation devait être faite par un appariteur, toutefois la citation par voie d'*editio* était sans doute également possible, lorsque des lois spéciales n'en avaient pas disposé autrement (I p. 389).

Remise d'audience.

Une remise d'audience s'imposait, lorsqu'au jour fixé pour la comparution le magistrat ne venait pas (4) ou lorsque les jurés ne se présentaient pas en nombre suffisant (5). Mais le tribunal pouvait aussi, à la demande de l'une ou de l'autre des parties, lever l'audience et la fixer à un autre jour, lorsque des motifs suffisants étaient donnés à l'appui de la requête (6). La représentation, exclue par ailleurs dans la procédure pénale, était ici admise pour permettre aux parties de s'excuser (7). Même

---

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 58, 159 : *est judicis... animadvertere, qua lege reus citetur.*

(2) Accusation de lèse-majesté de 688/66 : *cum P. Cassius praetor decimo die, ut mos est, adesse jussisset* (Asconius, *in Cornel.*, p. 59). Accusation de violence de 700/54, n. 5. D'après le récit de Plutarque (*Cic.*, 9), Cicéron, pendant sa charge de préteur des *repetundae*, cite pour le jour suivant une personne accusée devant lui vers la fin de l'année et lorsque les tribuns lui rappellent qu'il est d'usage de donner à l'accusé un délai d'au moins dix jours, il répond qu'il a ici fait abstraction de cette coutume dans l'intérêt même de l'accusé.

(3) Cicéron, *In Vat.*, 14, 33 : *edixeritue C. Memmius praetor ex ea lege* (*Licinia Junia*) *ut adesses die tricesimo?*

(4) Asconius, *In Cornel.*, p. 59.

(5) Cicéron, *Ad Q. fr.*, 2, 11, 1 : *decimus erat Caelio dies* : *Domitius* (le *quaesitor*) *judices ad numerum non habuit.*

(6) *Dig.*, 48, 1, 10. Parmi les causes légitimes d'excuses, la maladie occupe la première place (Cicéron, Verr., l. 1, 7, 20) ; c'est par une anomalie critiquable que la loi Tullia sur l'*ambitus* admettait cette excuse, mais frappait d'une peine pécuniaire celui qui l'invoquait (Cicéron, *Pro Mur.*, 23, 47 : *morbi excusationi poena addita est*). Lors de la citation, mentionnée II p. 70 n. 4 et assignant Milon à comparaître le même jour devant deux tribunaux, l'une des audiences fut reculée jusqu'à la fin de l'autre procès. Cpr. *Dig.*, 42, 1, 53, 2. l. 60.

(7) II p. 44 n. 2 Paul, 5, 16, 11. *Dig.*, 3, 3, 71. 48, 1, 13, 1. Même les textes conçus en termes plus généraux ne disent rien de plus : *Cod.*, 9, 2, 3 : *reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi leges*

lorsque l'une ou l'autre des parties ne justifiait pas son absence, le tribunal pouvait, en vertu de son pouvoir d'appréciation, reculer le jour de la comparution (1). D'autre part, pour éviter que les procès ne traînassent en longueur, le droit de la dernière période fixait des délais maxima pour ces remises (2).

(398) A la dernière extrémité, le défaut du demandeur entraînait la caducité de l'action, à moins que le défendeur, comme nous le dirons à propos des pénalités qui frappaient les accusateurs, ne préférât la continuation du procès pour intenter, après son acquittement, l'action de *calumnia*. Quant à l'accusé défaillant, on le soumettait, comme nous l'avons déjà exposé dans le Livre précédent (I p. 390 sv.), à la procédure par contumace, lorsqu'il s'agissait d'affaires pénales peu importantes, tandis que pour les délits graves le procès était suspendu sauf application ou sous réserve des moyens de coercition (3).

Ordre des procès.

Cette fixation du jour de l'audience conduisait, lorsque plusieurs procès étaient dirigés ou tranchés par le même magistrat, à établir un ordre des procès, un *ordo* procédural (4). La date des introductions de demande servait en principe de règle directrice à cet égard ; on pouvait cependant s'en écarter et expé-

---

publicorum judiciorum permittunt. Ulpien, *Dig.*, 3, 3, 33, 2 : *et in capitalibus judiciis defensio datur.*

(1) *Dig.*, 48, 1, 10. Remise avec menace d'une peine : *Cod.*, 9, 1, 3.

(2) Paul, *Dig.*, 2, 12, 10 : *in pecuniariis causis omni[bu]s dilatio singulis causis plus semel tribui non potest ; in capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duae dari possunt, sed utrumque causa cognita. Dig.*, 48, 5, 42 : *in crimine adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personae exhibeantur aut judex... hoc causa cognita permiserit.*

(3) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 40, 99 : *ne tu ex reis eximerere, si ego ad diem non adfuissem.* Asconius, *In Cornel.*, p. 59 : *cum... citati accusatores non adessent, exemptum nomen est de reis Cornelii.* Si c'est sans faute de sa part que l'accusateur n'est pas venu à l'audience, l'acquittement est nul (*Cod.* 9, 2, 4). — Rien ne s'oppose à la reprise de l'accusation par une autre personne.

(4) L'édit impérial du Papyrus de Berlin 628, qui règle les appels, parle aussi l. 9 de l'*ordo cognitionum offici nostri.* De même, on réclame un *ordo aliquis postulationum* pour l'administration du gouverneur de province et on blâme toute partialité dans la tenue de cette liste (*Dig.*, 1, 16, 9, 4). Toutefois cette liste des procès est distincte de la liste des accusations proprement dites.

dier l'affaire hors tour (*extra ordinem*), soit eu égard aux délais accordés à l'accusateur pour l'enquête (1), soit à cause de la connexité des procès (2) ou de la gravité de l'affaire (3). Pour l'action de violence qui, semblable aux actions privées, ressortait du préteur urbain et était expédiée sous la présidence de *quaesitores* nommés par lui, le traitement hors (399)
tour était légalement prescrit (4).

---

(1) En principe, ces délais servaient de règle pour le classement des procès et l'accusateur qui demandait un plus court délai pouvait espérer, comme cela eut lieu dans le procès de Verrès, devancer celui qui avait sollicité un plus long délai ; mais cela n'excluait pas la possibilité d'être trompé dans ce calcul, si le dernier n'utilisait pas complètement le délai qui lui avait été accordé.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 20, 56 : *C. Fabricium.. reum* (à cause d'un meurtre par empoisonnement) *statim fecit utique ei locus primus constitueretur, propter causae conjunctionem* (avec un coupable qui vient d'être condamné) *impetravit.* 22, 59.

(3) Cicéron, *De inv.* 2, 19, 58 : *in quodam judicio cum venefici cujusdam nomen esset delatum et quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum.*

(4) Cicéron, *Pro Caelio*, 1, 1. *Caelius, ad fam.* 8, 8, 1 : *C. Sempronius Rufus... M. Tuccium accusatorem suum* (on ne sait pas à raison de quel délit, en tout cas il s'agit d'une action portée devant le préteur urbain, peut-être d'une action d'injures)... *reum lege Plotia de vi fecit hoc consilio, quod videbat, si extraordinarius reus nemo accessisset, sibi hoc anno causam esse dicendam.* Il en résulte que l'action de violence primait en droit les autres. Si après le meurtre de Clodius le parti de Milon présentait le cas comme une affaire de violence (I p. 231 n. 1), *ut extra ordinem apud quaesitorem* (ainsi Asconius, p. 44) ou *ut veteribus legibus tantummodo extra ordinem quaereretur* (ainsi Cicéron., *Pro Mil.*, 6, 14) on n'a pas besoin d'admettre que l'examen de cette affaire hors tour n'est dû qu'à la loi promulguée à cette occasion ; d'après la loi en vigueur sur la violence (*veteribus legibus*), l'action, dirigée par le président que nomme le préteur urbain, passe de plein droit avant les autres et *tantummodo* doit être rattaché à *veteribus legibus*. De même, l'action organisée par la loi Fufia pour le cas de profanation de la fête de la Bonne Déesse, est portée devant le préteur urbain et traitée hors tour (I p. 230 n. 2).

SECTION V

LES MOYENS DE PREUVE

Avant d'exposer la procédure de la preuve, nous croyons convenable de reproduire ici ce que nous savons sur la théorie des moyens de preuve dans la procédure criminelle romaine; la valeur de ces différents moyens sera indiquée plus loin, lorsque nous parlerons de la reddition de la sentence.

Exclusion de la preuve formelle dans la procédure pénale.

Conformément au caractère éthique du droit pénal, la prestation de la preuve ne repose pas ici sur des éléments formels tels qu'en admet le droit privé ; la *sponsio* et la délation de serment sont des moyens propres à résoudre des questions litigieuses formelles, ils ne peuvent jamais donner cette conviction de la réalité du délit prétendu sans laquelle le tribunal répressif ne doit pas condamner. Par conséquent, l'aveu n'est pas non plus en droit pénal, comme en droit civil, assimilé au jugement. Evidemment, la conviction dont il est ici question ne peut être que celle des études historiques ; elle exige un examen intelligent et consciencieux et elle évite autant que possible toute erreur positive en s'abstenant, dans le doute, de condamner, de telle façon que l'acquittement ne proclame pas l'innocence de l'accusé, mais indique seulement que la culpabilité n'a pas été établie. Les nombreux moyens qui donnent au juge la conviction de la culpabilité de l'accusé ne sont pas exposés systématiquement, ni complètement, dans nos sources juridiques ; les plus importants d'entre eux et les

seuls dont la réglementation chez les Romains puisse être établie avec précision sont, d'une part, les dires des accusés et des témoins, d'autre part, tout le matériel de preuves obtenu par voie de perquisition domiciliaire. Il me paraît inutile de traiter ici en détail soit des inspections matérielles par le magistrat (1) qu'on voit fonctionner en matière d'injure, soit des (401) autres modes de connaissance qui peuvent être utilisés dans la procédure de la preuve ; car les renseignements que nous possédons à cet égard sont insuffisants pour permettre un exposé général de la matière. Dans la présente Section, nous nous occuperons principalement de la procédure d'accusation tout en tenant compte cependant de la procédure pénale primitive et de la *cognitio*.

A. Déclaration et Témoignage des Personnes libres.

Déclaration des personnes libres.

Le dire, la déclaration d'une personne sur un fait d'importance juridique se présente en droit pénal comme aveu, lorsqu'il charge le déclarant lui-même ; il est dans tous les autres cas un témoignage. Bien qu'à ces deux points de vue il n'y ait pas de différence en fait entre la déclaration des personnes libres et celle des esclaves, toutes deux sont cependant soumises à des règles juridiques différentes et reçoivent des noms différents ; il faut notamment relever que la notion de témoignage, le *testimonium*, se restreint aux personnes libres. Il est donc nécessaire de séparer les deux catégories de dires. Nous traiterons tout d'abord de la déclaration et notamment du témoignage des personnes libres, soit au point de vue de leur recevabilité ou de leur irrecevabilité, soit au point de vue de leur caractère facultatif ou obligatoire, soit au point de vue de la forme à donner à ces déclarations.

Interdiction légale d'être témoin.

Lorsqu'une personne libre fait une déclaration, sa condition

(1) En cas d'action privée pour cause d'injures graves, le préteur peut pour régler la formule procéder à une inspection (*Dig.*, 2, 12, 2). Mais une pareille intervention personnelle du magistrat se rencontre très rarement dans la procédure pénale avec parties.

personnelle n'est en principe prise en considération dans la procédure d'instruction criminelle que pour l'appréciation de cette déclaration et non pour sa réception. Les preuves ne manquent pas qui nous montrent des témoignages fournis dans la procédure pénale romaine par des femmes (1) et même par des enfants (2). Pour les esclaves eux-mêmes, la forme de la déposition est seule différente. Par contre, les considérations d'affection ont ici un effet restrictif. En vertu d'une règle traditionnelle qui remonte vraisemblablement à la procédure pénale originaire relevant du magistrat, le pouvoir du ma-
(402) gistrat d'interroger toute personne en la contraignant à répondre subit des restrictions, lorsque le répondant pourrait par sa déclaration charger d'une manière indécente des personnes qui lui sont proches. Cette règle s'applique :

1. entre ascendants et descendants (3);

2. entre celui qui affranchit et ses descendants, d'une part, l'affranchi et ses descendants, c'est-à-dire les clients, d'autre part (4); d'après la coutume postérieure, seulement entre le

---

(1) On mentionne fréquemment des déclarations de femmes dans la procédure pénale. Cicéron, *Verr.* l. 1, 37, 94 : *cur... feminas in tantum virorum conventum insolitas invitasque prodire cogis?* 5, 49, 129. Schol. Bob. *in Clodium et Curionem*, p. 336. 338. Asconius, *In Mil.*, p. 41. Tacite, *Ann.*, 2, 34. 3, 49. Suétone, *Caes.*, 74. *Claud.*, 15. 40. *Dig.*, 22, 5, 18. 28, 1, 20, 6.

(2) Témoignage d'un *praetextatus* : Cicéron, *Verr.* l. 1, 37, 94. l. 2, 33, 80 ; cpr. l. 1, 58, 151.

(3) Paul, 5, 13, 3 = *Coll.*, 9, 3, 3 : *adversus se invicem parentes et liberi... nec volentes ad testimonium admittendi sunt. Dig.*, 22, 5, 9. *Cod.*, 4, 20, 3. c. 6. Des exceptions, comme celle que nous rapporte Tacite, *Ann.*, 4, 28-30, montrent que cette règle, comme toutes celles du même genre, n'avait pas un caractère obligatoire, notamment pour les procès devant des autorités souveraines.

(4) Sur la conception qui considère le client comme ayant succédé historiquement à l'affranchi, cpr. *St. R.*, 3, 75 sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, p. 83 sv.]. Cette règle est rattachée à une loi de Romulus chez Denys d'Halicarnasse, 2, 10 : κοινῇ δ'ἀμφοτέροις οὔτε θέμις ἦν κατηγορεῖν ἀλλήλων ἐπὶ δίκαις ἢ καταμαρτυρεῖν et Plutarque, *Rom.*, 13. Caton, chez Aulu-Gelle, 5, 13 : *adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientem nemo dicit.* Cette règle relative à la clientèle fut encore appliquée dans un procès contre Marius (Plutarque, *Mar.*, 5). Elle vise tout d'abord l'action privée, notamment l'action privée délictuelle et par suite aussi l'accusation ; elle ne concerne pas la procédure pénale publique en elle-même, mais le ma-

patron et son fils, d'une part, et l'affranchi lui-même, d'autre part (1);

3. entre l'accusé et celui qui l'assiste dans le procès, c'est-à-dire le *patronus* au sens que ce mot reçoit ici (2).

A ces restrictions relatives s'en ajoute une autre qui va directement à l'encontre du principe d'après lequel on a le droit d'exiger la déposition de toute personne capable de fournir un témoignage; en effet, la loi a frappé de l'incapacité d'être témoins ceux qui ont été condamnés au criminel (3) et une série d'autres personnes disqualifiées pour des causes diverses (4). Cette restriction est due à l'influence de la notion originaire de témoignage, étrangère à la procédure et visant le caractère officiel de certitude que le concours de (403)

---

gistrat aura cependant à tenir compte ici des liens qui unissent le témoin à l'accusé.

(1) *Lex coloniae Genetivae*, c. 95, et Paul, 5, 15, 3 = *Coll.*, 9, 3, 3 (cpr. Paul, 1, 12, 3; *Dig.*, 48, 1, 1, 9; *Cod. Th.*, 9, 6, 4 = *C. Just.*, 4, 20, 12) ne nomment que le patron et l'affranchi; l'allusion à la *lex Julia de vi*, *Coll.*, 9, 2, 2 = *Dig.*, 22, 5, 3, 5 (cpr. *Dig.*, 47, 10, 5, *pr.*) mentionne aussi le fils du patron.

(2) Cela se rattache vraisemblablement à ce que le patronat originaire obligeait à donner l'assistance en justice (*St. R.*, 3, 82 n. 4 [*Dr. publ.*, 6, 1, 91, n. 2]); mais l'incapacité de témoigner, indispensable au fond, a été transportée en même temps que le nom à l'avocat librement choisi. Cicéron, *Verr.*, l. 2, 8, 24 : *te* (Hortensius) *mihi testem in hoc crimine eripuit... legis exceptio.* Charisius, *Dig.*, 22, 5, 25 : *mandatis cavetur... ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant.*

(3) Déjà dans la loi latine de Bantia de l'époque républicaine, on cite parmi les peines ordonnées pour un délit (dont on n'a pas encore pu établir l'espèce) l. 3 : [*neive is testumon*]*ium deicito neive quis mag. testumonium poplice ei de*[*nontiato neive den*]*ontiari* [*sinito*]. La même règle est exprimée dans la *lex Julia repetundarum* (*Dig.*, 1, 9, 2. 22. 5, 15, *pr.* 28, 1, 20, 5. 48, 11, 6, 1) et dans la loi d'Auguste contre l'adultère (*Dig.*, 22. 5, 18. 28, 1, 20, 6). Elle est aussi formulée d'une manière générale au regard de tous ceux qui sont condamnés au criminel (car c'est en ce sens qu'il faut entendre la disposition de la *lex Julia judiciaria Coll.*, 9, 2, 2 = *Dig.*, 22. 5, 3, 5) comme de tous ceux qui sont condamnés dans une action récursoire criminelle pour cause de *calumnia* (*Dig.*, 22, 5, 13) et de tous ceux qui ont été exclus du Sénat à cause de leur turpitude (*Dig.*, 1, 9, 2).

(4) La *lex Julia judiciaria* cite encore comme exclus : les témoins subornés, — les personnes qui sont en prison préventive (accusés au criminel : *Dig.*, 22, 5, 20), — les mignons de débauche et les prostituées (il n'en est pas tenu compte au tribunal impérial : Suétone, *Claud.*, 15), — ceux qui se sont loués pour les combats de bêtes.

tierces personnes donne à certains actes du droit privé ; par suite de cette conception primitive, la capacité d'être témoin est refusée aux femmes (1) et peut être enlevée à toute personne à titre de peine (2). L'assimilation des témoins de l'instruction et des témoins de publicité s'explique dans une certaine mesure par ce double fait que les premiers font ordinairement leur déposition en public, soit devant le peuple dans la vieille procédure pénale, soit devant les jurés dans le système de l'accusation, et que cet acte est en quelque sorte regardé comme l'accomplissement d'un service public. En conséquence, on écarte ici le plus possible les individus indignes ; quand le témoignage de ceux-ci paraît indispensable en fait, on a recours à la forme secondaire de déposition, dont nous parlerons plus loin et qui se réalise par voie de déclaration extrajudiciaire (3).

L'obligation de déposer dans la vieille procédure pénale publique.

L'importante question de savoir, si la personne interrogée dans un procès pénal est libre de donner une réponse ou peut y être contrainte, est, dans l'ancien droit, simplement et, dans un certain sens, complètement dominée par cette règle générale que le magistrat a le pouvoir juridiquement illimité de poser (404) des questions (4), tandis que cette faculté fait défaut au simple particulier. Donc, dans l'action privée, même dans l'action délictuelle, l'une des parties ne peut contraindre ni son ad-

---

(1) La femme est privée du *jus testimonii* d'après Aulu-Gelle, 7, 7 (de même Plutarque, *Popl.*, 8), mais il ne s'agit là que de la faculté d'être témoin dans un acte solennel et non de la faculté de faire une déposition dans une procédure de preuve (*Dig.*, 28, 1, 20, 6).

(2) Nous exposons dans le Livre V à propos des peines la notion d'intestabilité active et passive. Cette dernière, l'incapacité de fournir un témoignage de solennité, atteint moins l'incapable que le tiers innocent qui l'appelle à l'acte. Ainsi s'explique qu'en pratique on se soit efforcé plus tard de restreindre au témoignage probatoire l'incapacité de témoignage prononcée par le droit pénal. Ulpien, *Dig.*, 28, 1, 20, 5 : *eum qui leye repetundarum damnatus est ad testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in judicium testis esse vetatur.* Par contre Paul dit, *Dig.*, 22, 5, 15, *pr.* : *repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest.*

(3) Les preuves manquent.

(4) *St. R.*, 1, 200 sv. [*Dr. publ.*, 1, 228 et sv.].

versaire ni une tierce personne à déposer sur la matérialité des faits avancés (1) et le magistrat qui instruit le procès ne fait pas usage de ses pouvoirs dans ce but (2). Dans la procédure publique, dont la manifestation suprême est le procès des magistrats et des comices, la situation est absolument contraire, sans qu'il y ait à distinguer si l'on impute une faute à la personne interrogée ou si on lui demande simplement un témoignage et que l'interrogation ait lieu dans une simple *cognitio* ou dans l'*anquisitio* après introduction formelle de l'accusation (3). En outre, le nombre des témoins que le magistrat peut citer n'est pas limité en soi et l'on ne trouve aucune trace de la fixation d'un maximum. Il y a sans aucun doute dans la règle générale précitée une restriction essentielle des droits de la défense; car, dans la *cognitio* et plus nettement encore dans *l'anquisitio* qui suppose cette dernière et la renouvelle, l'accusé n'a pas la faculté légale de faire comparaître des témoins à décharge; il peut seulement, s'il a fait appel en vain à l'équité du magistrat instructeur, provoquer grâce à la protection tribunicienne l'admission d'un témoin contrairement à la volonté du juge répressif. — Ce droit du juge répressif d'interroger l'accusé et, en outre, son droit exclusif de citer des témoins ne se rencontrent pas seulement à l'époque républicaine dans la procédure relevant exclusivement du magistrat et dans celle des magistrats et des comices, ils s'étendent aussi à la *cognitio* du Principat. L'interrogatoire de l'accusé prend ici la première place parmi les moyens de preuve (4) et l'accusé

---

(1) Le fait d'accepter d'être témoin dans un acte solennel fonde l'obligation de prêter témoignage relativement à cet acte, mais il n'y a là qu'une contrainte indirecte.

(2) Le préteur contraint le défendeur à répondre dans la mesure où une déclaration de sa part est nécessaire pour la procédure *in jure*, c'est-à-dire pour l'instruction du procès; tel est le fondement des *interrogationes in jure* du droit civil. Mais celles-ci ont un champ d'application très restreint et une pareille contrainte ne s'étend pas partout au *judicium*.

(3) Les preuves directes manquent; mais on ne trouve aucune trace d'une restriction de ce genre pour le pouvoir répressif des consuls et des tribuns.

(4) Les procès de chrétiens les plus anciens et dont le récit nous est

(405) n'a aucun moyen juridique pour influer sur la citation des témoins, comme cela avait été possible dans l'ancien droit par l'intervention des tribuns.

Moyens pour contraindre aux déclarations dans la procédure pénale relevant des magistrats.

Quant aux moyens de contrainte dont disposent les autorités répressives en cas de refus d'aveu ou de témoignage, il nous suffit de renvoyer aux pouvoirs donnés au magistrat romain dans la coercition (I p. 45 sv.); celui-ci a dû notamment se servir dans ce but de l'emprisonnement (1) et des amendes pécuniaires. Mais la correction et tout autre tourment corporel, tels qu'ils sont permis en pareil cas dans beaucoup d'États grecs parvenus à un haut degré de civilisation (2), ont été, d'après les sources, interdits de tout temps à Rome (3), non seulement vis-à-vis du citoyen romain, mais même vis-à-vis de toute personne libre. Cette généralité de l'interdiction

Interdiction de la torture à l'époque républicaine.

parvenu de la manière la plus digne de foi ont lieu en général sans accusateur et consistent principalement dans un interrogatoire de ce genre; car, en cas d'aveu de l'inculpé, on néglige toute autre preuve. C'est ainsi que dans les Actes des martyrs scillitains de 180 (la meilleure édition de l'original latin dans Robinson, *Texts and Studies*, 1, 2. 1891, p. 112; traduction grecque dans *Bonner Universitätsprogramm*, 1881) le proconsul dit finalement : *perseveras Christianus?* et les accusés répondent affirmativement. On trouve des interrogatoires de ce genre entrepris par le magistrat dans les actes de Perpétue (c. 6) sous Septime Sévère et dans ceux de Pionius en 250 (c. 19 du texte grec) de Cyprien en 258 et ailleurs. La procédure suivie contre l'apôtre Paul (*Act. ap.*, 25, 7-12) et celle contre le Christ lui-même se présentent comme des interrogatoires. De même Ammien, 29, 1, 25, 33.

(1) Chez Tite-Live, 6, 15, le dictateur invite M. Manlius à poursuivre la dénonciation de détournement qu'il a formulée contre le gouvernement et comme celui-ci refuse de répondre on le mène en prison. Il n'y a pas là de preuve historique, mais une description exacte au fond.

(2) Chez les Athéniens et les Rhodiens, nous dit Cicéron, *Part. orat.*, 34, 113 : *etiam, id quod acerbissimum est, liberi cives torquentur.*

(3) Du moins, il semble que la puissance paternelle, sur laquelle le pouvoir du magistrat a été calqué, contenait déjà le droit de mettre le fils de famille à mort et non celui de le soumettre à la torture et il n'y a pas de légende qui mentionne la suppression de la torture pour les hommes libres. — Le droit de correction qui appartient au magistrat (I p. 35), mais qui ne se confond pas avec la torture (II p. 93 n. 3), peut en fait aboutir au même résultat que celle-ci. Toutefois la coutume a interdit au magistrat de se servir de ce droit vis-à-vis des personnes libres pour les contraindre à faire des déclarations d'ordre procédural.

n'a en elle-même rien d'invraisemblable; car la liberté et l'esclavage ont été considérés en droit romain comme des institutions internationales (1). Cette règle qu'on peut compter avec raison au nombre des bienfaits de la civilisation romaine n'a pas subi, que nous sachions, d'exception pendant la période républicaine (2). — Mais avec l'avénement (406)
du Principat ce fondement de la constitution romaine commence à s'ébranler. Dès le commencement de l'Empire, la torture est appliquée à l'homme libre accusé d'un délit. Selon toutes les apparences, cette pratique n'est pas consacrée par une prescription législative, mais elle vient d'usages suivis par les deux tribunaux suprêmes et souverains de l'Empire, chez lesquels revit la procédure des magistrats et des comices. A vrai dire, le fondateur du Principat ne l'a pas permise (3) et l'empereur Claude a encore promis par serment, lors de son avénement, de ne pas soumettre les personnes libres à la torture (4). Mais déjà sous Tibère des accusés ont été, sur l'ordre des tribunaux suprêmes, soumis à l'interrogatoire avec torture (5). Pendant les deux siècles suivants, ce

Application de la torture sous le Principat.

(1) Dans cette conception, on s'est laissé guider par le respect de la personnalité de l'homme libre et non par cette considération que la déclaration obtenue par contrainte est moins digne de foi. C'est ce que prouvent les règles appliquées aux déclarations des esclaves.

(2) Si Denys, 3, 73, nous rapporte que les meurtriers de Tarquin l'Ancien furent amenés par la torture à avouer, il y a là certainement une invention faite après coup. Si, dans l'instance criminelle de 544/210 (Tite-Live, 26, 27, 9), la torture est appliquée non seulement aux esclaves des anciens Campaniens, mais à ces *deditícii* eux-mêmes, cela tient à ce que ces derniers sont à peine considérés comme étant réellement libres. L'exécution capitale avec accompagnement de tourments corporels, telle que nous la rencontrons lors des proscriptions de Sylla et aussi pendant les horreurs de la guerre civile, n'a rien de commun avec la torture appliquée dans la procédure de la preuve.

(3) Auguste a nié sous la foi du serment avoir soumis à la torture le préteur Q. Gallius (Suétone, *Aug.*, 27),

(4) Dion, 60, 24.

(5) Les procès de lèse-majesté rapportés par Suétone, *Tib.*, 58 (de là vient sans doute Dion, 57, 19), qui se déroulent, le premier devant le Sénat et le second vraisemblablement devant l'empereur, sont les premières preuves certaines en ce sens; car, s'il est ici question de torture, il ne peut s'agir de la torture régulière qui s'applique aux esclaves.

procédé a été employé ou non suivant les tendances dominantes du gouvernement. Il a naturellement été utilisé de préférence dans les procès de lèse-majesté (1), sans qu'on puisse entrevoir une règle ferme en ce sens et il a été vraisemblablement considéré comme un moyen de contrainte extraordinaire qui n'appartient pas de plein droit aux tribunaux ordinaires. L'application de l'interrogatoire avec torture a été réglée par la distinction juridique des personnes de rang supérieur et de celles de rang inférieur (2), qui, du moins dans sa formule la plus nette, ne remonte qu'aux empereurs Marc-Aurèle et Vérus (161 à 169) : les premières ont été exemptes de la torture, les secondes ont été à cet égard rapprochées des esclaves. Jouissent de cette exemption : la
(407) noblesse sénatoriale héréditaire (3), les personnes de rang équestre formant la seconde classe des fonctionnaires (4), les décurions des cités et leurs enfants (5). Ce privilège s'est étendu aussi aux soldats en service ou sortis du service et à leurs enfants (6). Il ne s'applique toutefois qu'en principe à la

---

(1) Preuves pour l'époque de Claude : Dion, 60, 24 ; pour celle de Néron : Tacite, *Ann.*, 11, 22, vraisemblablement au regard du Sénat ; le même, 15, 56, au regard de l'empereur ; pour l'époque de Domitien, en cas de procès pontifical : Suétone, *Dom.*, 8.

(2) *Cod.*, 9, 41, 11. L'exemption de la torture dont jouit le soldat est mentionnée pour la première fois comme exceptionnelle par Tarruntenus Paternus († 183. *Dig.*, 49, 16, 7). Les débuts de cette distinction remontent vraisemblablement jusqu'à Tibère. Nous parlons en détail dans le Livre V, à propos du taux des peines, de cette distinction des *honestiores* et des *humiliores* ou *plebeii*.

(3) *C. Th.*, 9, 35, 3 = *C. Just.*, 12, 1, 10. *Honore praediti* : *C. Th.*, 9, 16, 6 = *C. Just.*, 9, 18, 7. *Genus aut dignitas* : *C. Th.*, 9, 35, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 4.

(4) Sont exempts les classes des *eminentissimi* et des *perfectissimi* (*Cod.*, 9, 41, 11 ; Lactance, *De mort. pers.*, 21 : *torquebantur ab eo* — Galère sous Dioclétien — *non decuriones modo, sed primores etiam civitatum egregii ac perfectissimi viri*) et auparavant du moins le chevalier romain (*C. Th.*, 6, 36, 1 = *C. Just.*, 12, 31, 1, où la rédaction récente a rayé les chevaliers). Les *officiales*, par exemple les *numerarii* (*C. Th.*, 8, 1, 4. 6. 8. 9. *C. Just.*, 12, 49, 1. c. 2), ne sont pas exempts.

(5) Ulpien, *Cod. Just.*, 9, 41, 11, 1. *C. Th.*, 8, 2, 4 (= *C. Just.*, 10, 7, 1, 2). 9, 35, 2 (= *C. Just.*, 9, 41, 16). 12, 1, 47. 80. *Cod.*, 10, 32, 33. Lactance, *De mort. pers.* 21 (n. 4). Ce privilège subsiste même au profit de celui qui a été décurion (*Dig.*, 50, 2, 14). Une exception : *Cod.*, 9, 22, 21, *pr.*

(6) Tarruntenus Paternus, *Dig.*, 49, 16, 7. Modestin, *Dig.*, 49, 16, 3, 10.

procédure pénale; dans le procès de lèse-majesté (1), de même que dans les procès de magie (2) ou de faux (3) qui lui sont étroitement apparentés l'accusé est, sans distinction de rang, soumis à la torture. — La torture de l'homme libre qui comparaît comme témoin est assimilée, au point de vue des principes, à celle de l'accusé libre qui nie; car juridiquement ce dernier doit aussi être considéré comme n'étant pas coupable, mais on comprend que la torture du témoin n'ait été admise que pendant la dernière période et seulement dans une mesure restreinte. Nous la trouvons appliquée pour la première fois à l'époque de Septime Sévère en cas de dépositions incertaines et contradictoires (4). Depuis Constantin, les hommes libres appartenant à la populace sont traités à cet égard (408)
comme les esclaves (5) et dans le procès de lèse-majesté aucune différence n'est faite au point de vue de la torture entre les accusés et les témoins (6).

C. Th., 9, 35, 1 (= *C. Just.*, 9, 8, 4). *Cod. Just.*, 9, 41, 8, *pr.* — D'après des constitutions qui ne sont pas passées dans les lois de Justinien (*C. Th.*, 8, 1, 5. 7. 8.), cette exemption ne s'étend pas aux appariteurs militaires, notamment aux *numerarii* et aux *actuarii* préposés au paiement de la solde, que Constantin sépara des soldats et compta parmi les personnes (*condicionales:* Tertullien, *De idol.*, 12; *C. Th.*, 10, 1, 5. 12, 7, 3. 14, 9, 2. *Cod. Just.*, 8, 17, 11) occupant une position officielle ou quasi-officielle (*condicio*).

(1) Paul, 5, 29, 2. Constantin dans l'édit *de accusationibus :* Bruns, *Fontes*, p. 249 (= *C. Th.*, 9, 5, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 3). *C. Th.*, 9, 35, 1 (= *C. Just.*, 9, 8, 4). c. 2 (= *C. Just.*, 9, 41, 16, 1). Ammien, 19, 12, 7, rattache cela à tort aux *leges Corneliae*. Les historiens de la dernière période donnent des preuves malheureusement trop nombreuses de tortures de ce genre (ainsi Ammien, 18, 3, 5. 21, 16, 9. 26, 10, 5. 29, 2, 25-28). Pour les témoins, cpr. n. 6. Pour les personnes d'un rang élevé, on adresse sans doute une demande préalable à l'empereur. (*C. Th.*, 9, 35, 1. Ammien, 19, 2, 9 : *per elogium principis torqueri praeceptus* 28, 1, 10, 1).

(2) *C. Th.*, 9, 16, 6 = *C. Just.*, 9, 18, 7. Ammien 29, 1, 6-40. Zosime, 4, 13-15.

(3) *C. Th.*, 9, 19, 1 = *C. Just.*, 9, 22, 21.

(4) Callistrate (sous Septime Sévère) *Dig.*, 48, 18, 15, *pr.* : *ex libero homine pro testimonio non vacillante questionem haberi non oportet.*

(5) Charisius (sous Constantin), *Dig.*, 22, 5, 21, 2 : *si ea rei condicio est, ubi harenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est.* L'incertitude de la ligne de démarcation nous montre d'une façon caractéristique de quel pouvoir jouissait le magistrat dans le système de la *cognitio* arbitraire qui domine la dernière période.

(6) Charisius (*Dig.*, 48, 18, 10, 1) : *omnes omnino in majestatis crimine, quod*

Le droit pour l'accusateur de citer des témoins.

Tandis que la procédure pénale relevant des magistrats est dominée tant sous la République qu'à l'époque impériale par le principe que certaines personnes peuvent y être contraintes à faire des déclarations, la procédure d'accusation de l'époque républicaine, issue de l'action privée et modelée principalement sur elle, est soumise au principe opposé, non sans que celui-ci subisse toutefois des restrictions essentielles.

Le droit d'interroger l'accusé qui appartient au magistrat chargé de la juridiction répressive ne compète pas dans la procédure d'accusation au demandeur malgré sa position analogue à celle d'un magistrat et le magistrat qui dirige ici le procès n'intervient pas de cette façon dans les débats ; la procédure d'accusation ne connaît pas plus d'interrogatoire que l'action privée. Mais, à l'instar de ce qui a lieu dans l'action privée d'amende pour la communauté (1), les lois qui réglementent les différentes *quaestiones* accordent au demandeur le droit de citer des témoins jusqu'à concurrence d'un certain chiffre maximum (2) ; d'où l'on distingue les témoins suivant qu'ils comparaissent librement ou qu'ils sont légalement obli-

---

ad personam principum attinet (c.-à-d. en cas de perduellion proprement dite : *Dig.*, 48, 4, 11. *Cod.*, 9, 41, 1, *pr.*), *si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur*. Lorsqu'il est question de la torture des témoins, sans que la nature de l'affaire soit précisée (ainsi *C. Th.*, 9, 37, 4 = *C. Just.*, 9, 42, 3, 3), il est vraisemblable que c'est surtout au procès de lèse-majesté qu'on songe.

(1) Cette procédure qui appartient surtout à l'action d'amende, c.-à-d. au plus ancien *judicium publicum* précurseur de l'accusation criminelle, a eté traitée dans le Livre II (I p. 212 n. 1 et n. 3), même au point de vue du pouvoir de citer les témoins qui y est accordé au demandeur. Le nombre des témoins qui peuvent être cités est limité par la loi, même pour le cas où c'est un magistrat qui intente l'action, car l'action privée exclut le témoignage obligatoire et ne l'admet qu'en vertu d'une exception légale.

(2) *Lex repetundarum* l. 34 : [*is quei petet sei quos ad testumonium deicendum evocari*]*t secumve duxerit dumtaxat homines III.* (= 48). Val. Max. 8, 1, 10 : *cum accusator* (de M. Æmilius Scaurus pour cause de *repetundae* 700/54) *diceret lege sibi C et XX hominibus testimonium denuntiare licere* Cicéron., *Verr.*, I. 1, 19, 51. *Pro Flacco*, 15, 35. 36 ; Pline, *Ep.*, 3, 9, 29. Le chiffre de dix du vieux *judicium publicum* (I p. 212 n. 2) est donc régulièrement dépassé. Mais à l'époque impériale, ces chiffres sont réduits (*Dig.*, 22, 5, 1, 2. l. 3, 6).

gés de venir déposer (1). La citation est faite par le demandeur. Elle a lieu régulièrement dans l'intervalle entre l'admission (409) du demandeur à l'accusation et le jour fixé pour cette accusation. Ce délai lui est en effet principalement donné pour choisir les témoins et s'assurer de leur concours (II p. 70 n. 2); toutefois, si au jour de l'audience on reconnaît qu'il est nécessaire de citer un autre témoin, il n'est pas interdit de le citer après coup (2). Pour la citation, on met à la disposition du demandeur les ressources de la puissance publique et il peut vraisemblablement s'en servir de la même manière et dans la même mesure que le magistrat dans la vieille procédure (3). Le cas échéant, le tribunal connaît des causes d'excuses (4) et prononce la peine qui lui paraît convenable si le défaut n'est pas justifié. Lorsque le témoin non volontaire comparaît et refuse de déposer, le magistrat qui préside peut, à la requête du demandeur, user contre ce témoin de son pouvoir de coercition; toutefois nous ne connaissons pas un seul cas de ce genre et le demandeur a dû, dans le choix des témoins, avoir principalement soin que les dépositions lui soient favorables. L'indemnité, qui ne pouvait pas être refusée au moins aux témoins contraints de comparaître, était à la charge du demandeur pour les témoins qu'il avait produits (5). Sont sous-

---

(1) Quintilien, 5, 7, 9 : *duo genera sunt testium, aut voluntariorum aut eorum quibus in judiciis publicis lege denuntiari solet, quorum altera pars utroque utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est.* Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 38, 110 : *id quod ex ipsis cognoscere poteritis, si accusator voluerit testimonium eis denuntiare.*

(2) Telle est du moins la conjecture à laquelle conduit la *lex coloniae Genetivae*, c. 95, qui donne au juge répressif la mission d'assurer la comparution non seulement des témoins liés par une obligation, mais encore de ceux *qui in testimonio dicendo nominati erunt.*

(3) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 26, 64, s'appuie, pour faire les citations de ses témoins siciliens, sur la loi et sur un écrit de Glabrio, président de la *quaestio*, et il donne la liste de ces témoins au gouverneur de Sicile (2, 27, 65 : *nomina edidi Metello*).

(4) Suétone, *Claud.*, 15.

(5) Dioclétien exprime cette règle d'une manière générale pour les témoins produits dans la procédure d'appel (*Cod.*, 7, 62, 6, 2). Cicéron, *Pro Flacco*, 6, 14, parle du *largum et liberale viaticum* attribué aux témoins du

traits à l'obligation de déposer, abstraction faite des personnes frappées de l'incapacité de témoigner (II p. 75 sv.), les parents de l'accusé (1) et ceux qui lui sont liés par les liens
(410) du patronat (2), de même que certaines autres catégories de personnes par considération pour leur âge (3), leur éloignement du lieu (4) et leur position (5); tous ces individus ne peuvent venir comme témoins qu'à raison d'un acte libre de leur volonté. — L'accusé a également le droit de produire des témoins, mais il est aussi dépourvu de moyens de contrainte à cet égard dans la procédure d'accusation que dans celle de *cognitio* (6). Il y a là une manifestation particulièrement énergique de l'analogie qui existe entre la situation du demandeur et celle d'un magistrat. Quant à l'accusé, on semble ici, plus encore que dans l'*anquisitio* où le magistrat est du moins moralement obligé d'être impartial, le négliger d'une manière injuste. Cela a donné lieu à des plaintes et à des règles d'exception dans certains cas, notamment en matière d'*ambitus* (7). — Ces règles ne sont restées que dans une certaine

---

demandeur. 18, 41. *Dig.*, 22, 5, 3, 4. *Cod.*, *Th.*, 9, 37, 4. 11, 39, 13 (= *C. Just.*, 4, 20, 11). *Cod.*, 4, 20, 16, 1.

(1) La *lex Julia* sur les *judicia publica* les exempte jusqu'à la limite de la parenté cognatique (*Coll.*, 9, 2, 3 = *Dig.*, 22, 5, 4, cpr. 5; *lex coloniae Genetivae*, c. 95; Paul, 5, 15, 2 = *Coll.*, 9, 3, 2; *Dig.*, 38, 10, 10, *pr.*). Les oscillations de cette limite (*Vat. fr.*, 299. 301 et ailleurs) ne peuvent être suivies ici dans leur rapport avec le témoignage; car elles ne peuvent être indiquées que dans un exposé plus général.

(2) *Dig.*, 22, 5, 4.

(3) Est soustrait à l'obligation de déposer, d'après Callistrate et Ulpien, (*Dig.*, 22, 5, 3, 5. l. 19, 1) l'impubère; d'après Venuleius (*Dig.*, 22, 5, 20), celui qui n'a pas encore vingt ans.

(4) Ulpien, *Dig.*, 22, 5, 19 : *inviti testimonium non...* (*dicit*) *is qui non detractandi testimonii causa* [*rei publicae causa*] *aberit*. L'addition paraît nécessaire; car il est impossible que le seul fait d'être absent du lieu où siège le tribunal ait pu valoir comme excuse.

(5) La magistrature ne donne pas d'exemption (*Dig.*, 22, 5, 21, 1); il en est autrement de l'épiscopat à l'époque postérieure (Théodose, *C. Th.*, 11, 39, 8 = *C. Just.*, 1, 7, 3; Justinien, *Nov.* 123, c. 7). Les fermiers des impôts et les fournisseurs de l'armée sont aussi exempts (*Dig.*, 22, 5, 19).

(6) Quintilien, 5, 7, 9 (II p. 85 n. 1).

(7) Dans un procès, soustrait aux restrictions légales, qui se déroule devant le Sénat, on s'écarte de la règle : *Varenus*, dit Pline, *Ep.*, 5, 20,

mesure propres à la procédure d'accusation de la dernière période. On lui a étendu l'interrogatoire de l'accusé, et l'interrogatoire avec torture y a même lieu si la loi le prescrit (1), comme dans le procès de lèse-majesté, ou si le tribunal l'autorise. Les restrictions légales du nombre des témoins que l'accusateur peut citer et la règle qui prive l'accusé du droit de citer des témoins ont fait place selon toute vraisemblance à un pouvoir arbitraire du tribunal et la procédure s'est rapprochée dans son ensemble de la *cognitio* (2).

Au point de vue de la forme, les déclarations de l'accusé et des témoins — nous parlerons plus loin de l'interrogatoire avec torture à propos des déclarations des esclaves — forment une partie et même la partie essentielle des débats devant le tribunal ; c'est pour cette raison qu'il en sera traité dans la prochaine Section. Toutefois, il n'est pas absolument nécessaire que la déposition du témoin ait lieu au cours des débats judiciaires. Sans doute, la prestation du témoignage et du serment confirmatif devant le tribunal du lieu où se trouve le témoin est étrangère à la coutume romaine et est encore interdite dans les affaires criminelles par Justinien (3). Mais la déposition extrajudiciaire (4), certifiée suivant les formes usitées dans les actes privés (5), est déjà admise à l'époque républi-

(411)

Témoignage judiciaire et extrajudiciaire.

---

petiit, ut sibi quoque defensionis (à cause de *repetundae*) *causa evocare testes liceret... egi pro Vareno... impetravimus rem nec lege comprehensam nec satis usitatam, justam tamen.* Ensuite (*Ep.*, 6, 5, 13), on délibère dans le Sénat sur le point de savoir si le droit réciproque de citation *exemplo legis ambitus* doit être étendu d'une manière générale aux *repetundae*.

(1) L'accusateur y est également soumis à cette époque dans l'action de *calumnia* (Edit de Constantin, II p. 83 n. 1).

(2) Justinien, *Cod.*, 4, 20, 16.

(3) *Nov.*, 90, c. 5 ; cpr. *Cod.*, 4, 20, 16.

(4) Quintilien, 5, 7, 1 : *testimonia dicuntur aut per tabulas aut a praesentibus.* Le témoignage extrajudiciaire est aussi désigné ailleurs sous le nom de *testimonium*, mais l'expression plus exacte est *testificatio* (Cicéron, *Verr.*, 5, 39, 102) ou *testatio* (Quintilien, 5, 7, 32 ; Paul, *Dig.*, 3, 2, 21).

(5) Cicéron, *Verr.*, 5, 39, 102. Quintilien, 5, 7, 32 : *saepe inter se collidi solent inde testatio, hinc testes... haec enim se pars jure jurando, illa consensu signatorum tuetur.* Le même, 5, 7, 1 : *minus obstitisse videtur pudor inter paucos signatores.*

caine (1) et notamment sous le Principat (2). A vrai dire, on ne trouve ici ni la confirmation par serment (3), ni surtout la possibilité pour l'adversaire d'interroger le témoin au cours de la déposition, aussi un tel témoignage a-t-il été parfois récusé comme insuffisant (4). Mais cette forme est admise comme moyen subsidiaire et elle a été usitée d'une manière particulièrement fréquente pour une espèce de témoignage peu importante, pour le témoignage de moralité, c'est-à-dire pour la *laudatio*, lorsque le témoin était empêché de comparaître personnellement (5).

(412) *B.* **Dires et Quasi-Témoignage des Esclaves.**

Déclaration de l'esclave.

Les déclarations de l'esclave sur ses actes comme sur ses perceptions sont admises dans la procédure pénale au même titre que celles de l'homme libre. Toutefois le terme de témoignage — qui se lie surtout à la confirmation des actes juridiques pour laquelle les esclaves sont évidemment incapables — n'est pas étendu aux déclarations des esclaves (6) et cel-

---

(1) Aucune preuve ne peut être apportée en ce sens pour l'époque républicaine au regard du témoignage personnel ordinaire, si l'on fait abstraction de la *laudatio* ; lecture à haute voix d'une déclaration fâcheuse pour le témoin faite en sa présence : Cicéron, *Pro Cluentio*, 50, 168. Quant aux résolutions des communautés qui figurent parmi les témoignages, elles sont ordinairement présentées au tribunal par des légats de la communauté investis des pouvoirs nécessaires et ces légats sont traités comme les autres témoins. Parfois cependant ces résolutions sont envoyées par écrit à l'avocat ; telles sont celles dont il est traité chez Cicéron, *Verr.*, 3, 36, 83. c. 37, 85. c. 38, 87. 39, 89. c. 42, 99. c. 44, 106. *Pro Flacco*, 15, 35.

(2) Tacite, *Dial.*, 36, cite parmi les qualités de l'éloquence ancienne : *cum testimonia quoque in judiciis non absentes nec per tabellam, sed coram et praesentes dicere cogerentur.* Apulée, *Apol.*, 57-60. Pendant la dernière période, l'exemption du témoignage oral se présente comme un privilège de classe (Justinien, *Cod.*, 4, 20, 16).

(3) Quintilien, 5, 7, 32 (II p. 87 n. 5).

(4) C'est ce que firent Hadrien (*Dig.*, 22, 5, 3, 3) et un *praefectus praetorio* (*Dig.*, 3, 2, 21).

(5) Asconius, *In Scaur.*, p. 28 : *laudaverunt Scaurum* (dans le procès de 700/54) *consulares novem... horum magna pars per tabellas laudaverunt, quia aberant.* Cicéron, *Ad fam.*, 1, 9, 19. De même Pompée dans le procès de Munatius Plancus (Val. Max., 6, 2, 5 ; Dion, 40, 55).

(6) Térence, *Phorm.*, 292 : *servom hominem causam orare leges non sinunt neque*

les-ci sont, en général, soumises à des règles différentes et plus rigoureuses que le témoignage des personnes libres. Il est également convenable de traiter ici simultanément de l'aveu et du témoignage et d'exposer tout d'abord dans quelle mesure la déclaration de l'esclave est libre ou non vis-à-vis de son maître, puis si cette déclaration est recevable quant à son contenu et de dire enfin dans quelle forme elle se produit.

Limites dans lesquelles on peut contraindre l'esclave à faire une déclaration.

Le propriétaire n'est pas contraint de permettre l'interrogatoire judiciaire de son esclave en cas d'action délictuelle privée, même si le délit est imputable à l'esclave lui-même. Si la procédure n'est pas noxale, il peut autoriser ou refuser l'interrogatoire de l'esclave désiré par l'autre partie. En cas d'action noxale, s'il ne veut pas mettre fin au procès par l'abandon de l'esclave ou le paiement de l'amende, il peut agir de la même manière et s'en remettre pour la décision à la sentence du juré. L'interrogatoire de l'esclave dépend donc toujours ici de la volonté du maître et il y a un dommage punissable, lorsque la victime y procède de sa propre initiative en employant la forme de la torture usitée vis-à-vis des esclaves (1).

Par contre, dans la procédure pénale publique relevant des magistrats, ceux-ci n'ont pas besoin, ni à l'époque ancienne ni plus tard dans la forme de la *cognitio*, du consentement du propriétaire pour interroger un esclave, sans qu'il y ait à distinguer si le délit est imputé à l'esclave lui-même ou si la déclaration de ce dernier est requise pour une procédure pénale contre des tiers. Le droit absolu d'interroger, dont jouit le magistrat vis-à-vis des personnes libres, s'applique plus encore vis-à-vis de l'esclave et s'exerce ici dans la forme usitée au regard de ce dernier. Le maître a certainement la faculté, (413) lorsqu'on impute une faute à son esclave, de soutenir ce dernier dans la défense (II p. 94 n. 2).

---

testamenti dictio est. Plaute, *Curc.*, 623 = 5, 2, 25. Justinien, *Nov.*, 90, c. 6 : εἰ φανείη τυχῆς οἰκετικῆς ὤν, τὴν αὐτοῦ μαρτυρίαν ἀντὶ μηδὲ γενομένης εἶναι.

(1) *Dig.*, 48, 18, 20.

Dans la procédure d'accusation qui au point de vue de la forme est un procès privé et au point de vue du fond attribue au demandeur, la fonction d'un magistrat, on a, comme pour le témoignage, pris un moyen terme. L'interrogatoire dépend également ici de la volonté du propriétaire, qu'il s'agisse pour l'esclave de répondre de son propre délit ou de déposer sur le délit d'autrui (1). Mais une décision du tribunal peut contraindre le maître à laisser interroger ses esclaves, soit qu'elle charge le propriétaire en cas d'accusation projetée contre un esclave de faire comparaître celui-ci en justice ou lui impose dans certains cas l'obligation d'amener devant le tribunal plusieurs esclaves suspects pour que le demandeur recherche le coupable, soit que l'accusé reçoive l'ordre de mettre ses esclaves à la disposition du demandeur pour la prestation de la preuve (2), soit enfin, ce qui était permis au moins sous le Principat, que la même réquisition soit adressée à un possesseur d'esclaves qui n'est pas partie au procès (3). — En pareil cas, si l'esclave accusé est acquitté ou si
(414) le procès pour lequel son témoignage est requis se termine

---

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 63-66, d'où il ressort que le propriétaire peut bien refuser dans ce cas de livrer l'esclave accusé, mais est alors facilement soupçonné de complicité. C'est à cela que se rapporte aussi Cicéron, *Part. orat.* 34, 117 : *sive quaestiones habitae aut postulatio ut habeantur causam adjuvabunt.* Le même, *Pro Sex. Roscio*, 28, 77 : *innocenti saluti solet esse ut servos in quaestionem polliceatur.* Quintilien, 5, 4 : *sive de habenda quaestione agetur, plurimum interest, quis et quem postulet aut offerat et in quem et ex qua causa, sive jam erit tradita, quis ei praefuerit.*

(2) Cela a déjà lieu dans le procès pour cause d'inceste des Vestales mentionné I p. 229 n. 1 : *Val. Max.*, 6, 8, 1 ; Asconius, *In Mil.*, p. 35 sv. et dans le procès du même genre contre Clodius (I p. 230 n. 2), *Schol. Bob. in or. in Clod. et Cur.*, p. 338. Il en est de même dans les procès intentés après le meurtre de Clodius (Asconius, *In Mil.*, p. 35 ; Cicéron, *pro Mil.*, 21. 22), dans le procès contre Apulée pour cause de magie (*Apol.*, 43-47), mais surtout dans les procès d'adultère (*Coll.*, 4, 11, 1. c. 12, 8. *Dig.*, 48, 5, 28, 6. 11. 14).

(3) *Dig.*, 48, 5, 28, 6 : *divus Hadrianus... rescripsit et de exteris servis quaestionem esse habendam.* 48, 18, 13. Paul 5, 16, 3. (= *Ed. Theodorici*, c. 100) : (*servos alienos in alterius caput torqueri*) *non est permittendum, nisi delator* (celui du fisc, semble-t-il) *cujus interest quod intendit probare, pretia eorum quanti dominus taxaverit inferre sit paratus vel certe deterioris facti servi subire taxationem.*

par un acquittement, celui qui a fait comparaître l'esclave est toujours tenu de payer au propriétaire une indemnité qui est ordinairement au simple du préjudice et dans certains cas au double (1). — L'accusé n'a pas plus le droit de faire une réquisition d'esclaves qu'il n'a la faculté de faire citer des témoins (2).

Interdiction des déclarations d'esclaves au préjudice du maître.

D'après une règle, commandée par l'essence même de toute constitution politique admettant l'esclavage et obligatoire en principe même pour le magistrat, l'interrogatoire de l'esclave ou de l'affranchi est permis en faveur du maître (3), mais non à son préjudice (4). Cette règle a été observée à l'époque républicaine, si l'on fait abstraction de quelques procès pour la plupart politiques organisés par un sénatusconsulte (5). Sous les premiers empereurs, elle est fréquemment tournée grâce au transfert opéré notamment dans les procès de lèse-majesté (6) et d'adultère (7) et qui consistait à faire passer l'esclave en question dans la propriété de l'État. Depuis Septime Sévère, elle a été abolie pour ces mêmes délits de lèse-ma-

---

(1) *Dig.*, 3, 6, 9. 48, 5, 28, *pr.* 15. 16. tit. 18, 6, *pr. Cod.*, 9, 9, 3. tit. 46, 6.

(2) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 28, 77. 41, 119.

(3) *Dig.*, 48, 18, 17, 2. *Cod.*, 4, 20, 8.

(4) Tacite, *Ann.*, 2, 30 : *vetere senatus consulto quaestio in caput domini prohibebatur.* Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 41, 120. *Pro Mil.*, 22, 59. *Pro Dejot.*, 1, 3 : Paul 1. 12, 3. 5, 13, 3. tit. 16, 4 (= *Dig.*, 48, 18, 18, 5) *servo qui ultro aliquid de domino confitetur, fides non accommodatur.* 5 : *servi in caput domini neque a praeside neque a procuratore neque in pecuniariis quam in capitalibus causis interrogari possunt. Dig.*, 1, 12, 1, 8. 29, 5, 6, 1. 48, 18, 1, 5. 16. 18. 19. 1. 9, 1. *Cod.*, 4, 20, 8. 9, 41, 6. 7. — La jurisprudence, dans le but évident d'empêcher que la règle soit tournée, étend la prescription même à celui qui a été propriétaire (Paul, 5, 16, 8; *Dig.*, 48, 18, 17, 3). — La législation pénale de Septime Sévère, consacrant ici le régime du bon plaisir, a sapé la règle à sa base en déclarant permises des déclarations de ce genre, lorsqu'elles sont faites pour compléter d'autres preuves (*Cod.*, 9, 41, 1, 1).

(5) Inceste d'Antoine, I p. 229 n. 1. Inceste de Clodius : Cicéron, *Part. orat.*, 34, 118; *Pro Mil.*, 22, 59. Conjuration de Catilina : Cicéron, *Part. orat.*, *loc. cit.*

(6) Auguste : Dion 55, 5. Tibère (que Tacite pour cette raison nomme le *novi juris repertor*) : Tacite, *Ann.*, 2, 30. 3, 22. (où l'empereur suit d'abord l'ancienne règle, puis s'en écarte). 67; aussi, Dion, 57, 19.

(7) *Dig.*, 48, 5, 28, 11-14. tit. 18, 6, *pr.*

jesté (1) et d'adultère (2) et pour quelques autres de moindre
(415) importance (3). — Non seulement la déclaration de l'esclave ou de l'affranchi (4) contre le maître ou le patron n'est pas reçue, mais elle est même punie de mort comme crime capital (5) dans tous les cas où nous venons d'indiquer qu'elle

---

(1) Septime Sévère, *Cod.*, 9, 41. 1, *pr.* : *quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus et crimine majestatis, quod ad salutem principis pertinet* (Cpr. II p. 83 n. 6.) Modestin, *Dig.*, 48, 4, 7, 2. Paul, 5, 133. Hermogénien, *Dig.*, 5, 1, 53. *Cod. Th.*, 9, 6, 2. *Cod.*, 9. 8, 6, 1. Tacite l'interdit (*Vita* 9), mais sa prohibition n'a pas d'effet durable. Justinien, *Cod.*, 10, 11, 6 a ajouté cette exception à la constitution de Théodose I: *C. Th.*, 10, 10, 17.

(2) *Dig.*, 48, 5, 28, 6. tit. 18, 5. 17, *pr. C. Th.*, 9, 7, 4, *pr.*, = *C. Just.*, 9, 9, 31. Tacite, *Ann.*, 14, 60. En cas d'inceste (*Dig.*, 48, 18, 4) et de *stuprum* (*Dig.*, 48, 18, 17, 1 ; Ammien, 28, 1, 55), les déclarations des esclaves contre leurs maîtres ne sont pas admises.

(3) Septime Sévère cite encore la fraude en matière d'impôts (n. 1). On peut mentionner en outre ici la falsification de monnaie (*Dig.*, 5, 1, 53) ; certains cas de meurtre (*Dig.*, 29, 5, 6, 1. *C. Th.*, 9, 7, 4 = *C. Just.*, 9, 16, 8) ; l'accaparement de céréales (*Dig.*, 5, 1, 53. 48, 2, 13. tit. 12, 1) et l'entretien par une femme de relations illicites avec son propre esclave (*C. Th.*, 9, 9, 1 = *C. Just.*, 9, 11, 1). Telles sont les *causae receptae* dans lesquelles l'esclave peut dénoncer son maître (*Dig.*, 1, 12, 1, 8). On peut encore y ajouter probablement les délits pour lesquels l'obligation de dénoncer est exprimée d'une manière générale (I p. 105).

(4) Constantin dans l'édit *de accusationibus* de 314 ou 319 (Bruns, *Fontes*, p. 249, en abrégé *C. Th.*, 9, 5, 1. = *C. Just.*, 9, 8, 3). *Coll.*, 4, 4, 1. *Dig.*, 48 2, 8. tit. 4, 7, 2. *C. Th.*, 9, 6, 1. 4. *Cod. Just.*, 9, 1, 21. Les *familiares* auxquels la prescription est étendue (*C. Th* , 9, 6, 3 = *C. Just.*, 9, 1, 20 = *Edict. Theodorici* 49) sont peut-être les *coloni* (*Cod. Just.*, 11, 50, 2).

(5) Constantin, *loc. cit.* : *in servis... sive libertis, qui dominos vel patronos accusare aut deferre temptant, ejusmodi legem juxta antiqui quoque juris statutum observandum esse censuimus, ut scilicet professio tam atrocis audaciae statim in ipsius admissi exordio per sententiam judicis comprimatur ac denegata audientia patibulo adfixus exemplum ceteris praestet. C. Th.*, 9, 6, 3 (= *C. Just.*, 9, 1, 20). 10, 10, 17 (= *C. Just.*, 10, 11, 6). *C. Just.*, 10, 11, 8, 2. — On procède fréquemment de cette manière. Tite-Live, *Ep.*, 77 : *servus ut praemium promissum indici haberet manumissus et ob scelus proditi domini de saxo dejectus est.* Claude punit les dénonciations de ce genre parvenues sous Tibère et Caligula, mais il en admet lui-même de semblables (Dion 60, 13). Nerva punit de mort les esclaves et les affranchis pour de telles dénonciations (tel est l'ἐπιβουλεύειν) et renouvelle la prohibition des dénonciations (Dion, 68, 1; Pline, *Paneg.*, 42). *Vita Pertinacis*, 9 : *eos qui calumniis appetiti per servos* (par les siens propres) *fuerunt, damnatis servis delatoribus liberavit in crucem sublatis talibus servis.* Hérodien 5, 2, 3 : (Macrin) συκοφάνται τε ἢ δοῦλοι, ὅσοι δεσπότας κατήγγελον, ἀνασκολοπίσθησαν. L'exécution capitale du serviteur d'Apollonius sous Commode appartient peut être aussi à cette matière (cpr. la Section des peines des accusateurs).

n'est pas admise. La même répression a lieu lorsque la déclaration faite dans un cas permis est rejetée par les juges. — Du reste, le droit ne connaît pas de motifs personnels à l'esclave qui puissent faire refuser sa déposition, la condition personnelle de l'esclave est complétement ignorée en droit et il ne peut pas en être tenu compte ici (1).

(416) Interrogatoire avec torture usité pour les esclaves.

Au point de vue de la forme, les déclarations des esclaves constituent comme celle des personnes libres une partie intégrante des débats judiciaires et nous aurons à en reparler quand nous exposerons ces débats. Mais nous devons relever immédiatement ici tous les renseignements généraux relatifs à l'interrogatoire avec torture, exceptionnellement appliqué aux personnes libres et constamment usité vis-à-vis des esclaves. Sous le nom d'interrogatoire avec torture, on comprend le maintien, malgré des châtiments corporels, d'une déclaration que l'enquêteur considère comme importante, tandis que ces tourments cessent lorsque la déclaration est changée (2). La torture est infligée par les subalternes du tribunal à la personne interrogée. Quant à ses modalités, il ne nous paraît pas nécessaire de les exposer en droit pénal (3). Comme l'af-

---

(1) Lorsqu'une récompense est allouée au dénonciateur (cpr. la Section relative à cette matière), elle est fréquemment, mais non toujours, promise à l'esclave.

(2) La torture n'est pas un élément formel de la déclaration de l'esclave, bien qu'elle semble fréquemment avoir ce caractère; elle ne peut, en effet, être employée que là où elle a pour but de déterminer l'accusé ou le témoin à modifier sa déclaration. Appliquer la torture à un criminel qui avoue est non seulement cruel, mais insensé, et le simple témoignage y donnera difficilement lieu, s'il n'est pas attaqué.

(3) La direction de la torture appartient au *quaesitor* (*Rhet. ad Her.*, 2, 7, 10; Cicéron, *Pro Sulla*, 28, 78) et son application est confiée aux *tortores* (Cicéron, *Pro Mil.*, 21, 57 et autres textes). Sur les différentes espèces de torture appliquées dans la procédure pénale (*poenae publicae* chez Constantin, *C. Th.*, 9, 12, 1), cpr. J. Godefroy sur *C. Th.*, 9, 12, 1 et Marquardt, *Privatalterth.*, p. 183 [*Manuel Antiq. Rom.*, XIV, 214]. L'exposé détaillé de cette matière ne pourrait pas se restreindre au droit pénal, il devrait avoir pour point de départ le droit de la *domus*. A noter seulement que la correction n'est pas considérée comme torture. Augustin (*Ep.*, 133, vol. 2, p. 396 ed. Maur. [*Corpus Script. Eccles. Lat.*, ed. Acad. Vienne, vol. 44, p. 82]) loue la douceur du juge répressif qui a obtenu l'aveu des coupa-

franchissement libérait de la torture, l'abus s'introduisit rapidement pour le maître menacé d'une poursuite criminelle prochaine de soustraire par l'affranchissement à l'interrogatoire avec torture l'esclave dont la déclaration pouvait être dangereuse pour lui. C'est pourquoi on interdit de bonne heure (1) et plus tard on déclara nul (2) l'affranchissement fait en considération d'un interrogatoire judiciaire que l'af-
(417) franchi doit prochainement subir. C'est pour cette même raison que l'ouverture du testament du maître est interdite, lorsqu'on soupçonne sa domesticité de l'avoir assassiné; de cette manière on met les esclaves dans l'impossibilité de prouver l'existence de la liberté qui leur est donnée par ce testament et on les soumet du même coup aux règles sur les déclarations des esclaves (3). Sous Trajan, on élargit encore le champ d'application de cette procédure et l'on soumet à l'interrogatoire avec torture, en cas de meurtre d'un maître, ceux qui ont été affranchis par le testateur de son vivant (4). — Entre la torture de l'accusé et celle du témoin il n'y a pas de délimitation juridique, d'autant plus que le juge répressif est fréquemment dans l'impossibilité de distinguer dès le début s'il

---

bles *non extendente eculeo, non sulcantibus ungulis, non urentibus flammis, sed virgarum verberibus.*

(1) Déjà dans Tite-Live, 8, 15, on donne l'ordre à une vestale, coupable d'inceste, de s'abstenir d'affranchir.

(2) Sous la République, des affranchissements furent attaqués comme ayant eu lieu dans ce but (Cicéron, *Pro Caelio*, 29, 68) et plusieurs d'entre eux furent annulés, car les indications d'Asconius sur le procès de Milon, p. 35. 40, ne peuvent pas être comprises autrement : *Appius postulavit a Milone servos exhiberi numero IIII et L et cum ille negaret eos qui nominabantur in sua potestate esse, Domitius ex sententiis judicum pronuntiavit, ut ex servorum eorum* (*suorum* est une mauvaise correction) *numero accusator quot vellet ederet.* Plus tard, la nullité d'affranchissements de ce genre est certaine. Paul, *Coll.*, 4, 12, 8. *Sent.*, 5, 16, 9. *Dig.*, 48, 18, 1, 13. *Cod.*, 9, 9, 35, *pr.* — Le droit pour la femme divorcée de faire des affranchissements subit aussi des restrictions importantes par considération pour le procès criminel qui suit fréquemment le divorce (*Dig.*, 40, 9, 12. 1. 13. 1. 14. *Cod.*, 9, 9, 3).

(3) Cette règle ne s'applique pas à l'époque républicaine (*Rhet. ad Her.*, 1, 14, 24) ; elle a été posée en l'an 11/2 ap. J.-C. (*Dig.*, 29, 5, 13) et non pas pour la première fois en 57 (Tacite, *Ann.*, 13, 32).

(4) *Dig.*, 29, 5, 10, 1. 1. 11.

est en présence d'un accusé ou d'un témoin. Dans ces conditions, il était particulièrement nécessaire que le droit posât des bornes à l'emploi de l'interrogatoire avec torture. Si la législation romaine omit maintes fois de le faire, on trouve cependant dans nos sources juridiques un certain nombre de prescriptions restrictives : on ne doit avoir recours à la torture que si l'existence du délit est certaine (1) ; elle ne doit pas être employée en cas de délit de peu d'importance (2), ni autant que possible au début de l'instruction (3) ; les femmes enceintes (4) et les enfants (5) ne doivent pas être soumis à la torture ; d'une manière générale les tourments infligés doivent être modérés (6). Ces prescriptions renferment du moins dans certaines limites la coutume détestable de la torture. — A (418) côté de la torture judiciaire ordinaire, on trouve, comme pour le témoignage, une torture extra-judiciaire qui a lieu dans les formes suivantes : un titre est dressé sur l'application de la torture et sur ses résultats et ce document est produit aux débats comme le témoignage écrit (7).

C. **La Perquisition domiciliaire et la saisie des papiers.** Perquisition domiciliaire.

Il est vraisemblable que dans le procès relevant des magistrats le juge répressif avait le droit de procéder à une perquisition domiciliaire chez l'accusé (8), étant donné surtout que

(1) *Dig.*, 29, 5, 1, 24. 48, 18, 18, 2.
(2) Auguste, *Dig.*, 48, 18, 8, *pr.*
(3) Auguste, *Dig.*, 48, 18, 1, *pr.* 1. 1. 20. Paul, 5, 14, 1. *Cod.*, 9, 41, 3. 1. 8, 1.
(4) Paul, 1, 12, 4. *Dig.*, 48, 19, 3.
(5) *Dig.*, 25, 5, 1, 33. 48, 18, 10, *pr.* 1. 15, 1.
(6) *Dig.*, 48, 18, 10, 3 : *tormenta moderata.* 48, 18, 7 : *quaestionis modum magis est judices arbitrari oportere itaque quaestionem habere oportet, ut servus salvus sit vel innocentiae vel supplicio.*
(7) Cicéron, *Pro Cluentio*, 63-66.
(8) Le récit de la conjuration des Tarquins se fonde sur la perquisition domiciliaire et la saisie des papiers (Tite-Live, 2, 4, 7 ; altéré chez Denys, 5, 7. 8 et Plutarque, *Popl.*, 6, par l'interpolation de P. Valérius) ; il a certainement le caractère d'un paradigme. Il en est de même de la relation relative à l'exhumation du cadavre de l'assassiné dans la maison du meurtrier en présence du décemvir qui intervient ici comme juge répressif (Cicéron, *De rep.*, 2, 36, 61 ; Tite-Live, 3, 33). Il n'y a pas à tenir compte

celle-ci était permise en cas d'action privée de vol (1). Dans le système de l'accusation, on rencontre au moins une procédure analogue : les lois qui prescrivent l'application de ce système permettent au demandeur, — sans doute en s'inspirant des règles de l'ancienne procédure pénale ; car la procédure civile n'offre rien de semblable, — de se rendre (2) dans la maison tant de l'accusé que de tierces personnes (3) et de demander la présentation soit des papiers officiels (4), soit des livres de compte (5) et d'une manière générale des papiers d'affaires de l'intéressé (6), ce qui s'applique également aux autorités municipales et à leurs archives (7). Dans la mesure où cela lui paraît nécessaire, le demandeur fait mettre ces actes sous scellés, ceux des particuliers par les témoins ordinaires

Saisie des papiers d'affaire.

(419)

---

ici des récits relatifs à Turnus Herdonius (Denys, 4, 48) et Petro Antistius (Denys, 4, 57).

(1) Loi des XII Tables, 8, 14, Schöll [id. Girard].

(2) Cicéron, *Verr.*, I. 1, 19, 50 : *signa... cognovi egomet apud istum in aedibus nuper, cum obsignandi gratia venissem.* 3, 66, 154 : *haec epistula est... quam nos Syracusis in aedibus Apronii, cum litteras conquireremus, invenimus.* c. 71, 167. 4, 61, 137.

(3) Cicéron, *Pro Cluentio*, 30, 82 : *et ex hujus* (de l'accusé) *et ex aliorum tabulis. Verr.*, I. 1, 38, 98. c. 39, 102 : *an tuis solis tabulis te causam dicturum existimasti?* et souvent ailleurs. Nous ne savons pas, s'il y a eu ici une limite fixée.

(4) Tels sont les actes (*tabulae, commentarii*) du gouvernement de Verrès en Sicile qu'on rencontre fréquemment dans les *Verr.*, 3, 10, 26. 5, 21, 54.

(5) Ceux-ci sont parfois d'une importance considérable, notamment dans le procès de *repetundae* (Cicéron, *Verr.*, I. 1, 23, 60. c. 36, 92), bien qu'il n'y ait pas lieu de donner créance au scoliaste, p. 175, d'après lequel les Romains auraient cessé de tenir des livres de compte domestiques, pour que leur *codex* ne les trahisse pas dans la procédure pénale.

(6) Les sociétés de fermiers généraux ont à produire non seulement leur livre de caisse principal (Cicéron, *Verr.*, I. 2, 74, 182. c. 76, 186), mais aussi leurs livres de correspondance (*libri litterarum missarum* et *adlatarum* : *loc. cit.*, 3, 71, 167). Dans la *lex Acilia repetundarum*, on trouve l. 34 : [*e*]*a quai ita conquaesiverit et sei qua tabulas libros leiterasve pop*[*licas... produ*]*cere proferrequ*[*e volet*]; Cicéron dit, 4, 66, 149 : *ego legem recitare, omnium mihi tabularum et litterarum fieri potestatem oportere* Il est douteux que ces titres puissent être comptés parmi les *litterae publicae* et cela ne l'est pas moins, s'il faut dans la loi compléter *poplicas* par *preivatasve.*

(7) Cicéron, *Verr.*, 4, 63, 140 : *quas ego litteras* (de l'*aerarium sanctius* de Syracuse) *obsignandas publico signo deportandasque curavi.* Le même, *Pro Flacco* 32, 78 et ailleurs.

d'authenticité (1), ceux de la communauté par la communauté elle-même, et il les porte ou les envoie à Rome (2); toutefois, pour les actes des fermiers de l'État, on remet au demandeur non pas les originaux mais des copies certifiées (3). Toute contravention à ces prescriptions est frappée d'une peine par les lois (4). Le demandeur est obligé de remettre ces papiers au magistrat qui dirige le procès, trois jours après leur arrivée à Rome, pour que celui-ci, assisté d'un certain nombre de jurés, les fasse mettre de nouveau sous scellés (5). Le demandeur a vraisemblablement ensuite la faculté de prendre connaissance de ces papiers en les faisant ouvrir et replacer sous scellés par la justice. A l'audience, ces actes peuvent, comme nous le verrons dans la Section suivante, être mis sous les yeux des jurés. — Quant à l'accusé, il est manifeste qu'il n'a pas eu plus le pouvoir de saisir les papiers que celui d'adresser aux témoins une citation obligatoire. — L'accusateur a conservé sous le Principat le pouvoir que nous venons de lui reconnaître, quoique celui-ci ait vraisemblablement subi des restrictions à cette époque, comme les autres droits de l'accusateur (6). Quant aux papiers privés, il est possible qu'ils n'aient pas été mis de la même manière à la disposition de l'accusateur (7); toutefois, dans un procès criminel, le gou- (420)

(1) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 77, 190 : *ab hominibus honestissimis obsignata.*

(2) Cicéron, *Verr.*, Act. 1, 11, 33. c. 18, 56. l. 4, 16, 36. 63, 140 (II p. 96 n. 7) c. 66, 149 : *postulare coepi, ut mihi tabulas obsignare deportare liceret.* Le même, *Pro Font*, 15, 34, *Pro Flacco*, 10, 23, *Pro Scauro*, 18, 41.

(3) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 76. 77.

(4) Cicéron, *Verr.*, 4, 66, 149 : *nisi legis sanctionem poenamque recitassem.*

(5) Cicéron, *Pro Flacco*, 9, 21 : *triduo* (naturellement après l'arrivée des actes à Rome) *lex ad praetorem deferri, judicum signis obsignari jubet* : *tricesimo die vix deferuntur.* Une fois mis sous scellés, ils sont conservés *in publico.* Les scoliastes commettent une erreur lorsqu'ils disent p. 238, que « tous » les jurés devaient apposer leur sceau, car le tribunal n'est constitué qu'après l'arrivée des actes à Rome.

(6) Les papiers trouvés chez l'accusé jouent un rôle même à l'époque impériale dans le procès de lèse-majesté (Tacite, *Ann.*, 2, 30. Ammien, 28, 1, 20. 29, 1, 35. c. 2, 3) et dans le procès de *repetundae* (Pline, *Ep.*, 3, 9, 10. 7, 6, 2). Il est permis de prendre connaissance des actes publics (*Cod.*, 2, 1, 2 : *acta publica tam criminalia quam civilia*).

(7) Caracalla, *Cod.*, 2, 1, 4 : *qui accusare volunt, probationes habere debent,*

verneur de province permet même au défendeur de prendre connaissance de la correspondance de son adversaire et d'en faire des copies (1).

---

cum neque juris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Dans l'accusation capitale notamment, l'accusé n'est pas obligé de fournir à l'accusateur des éléments de preuve (*Dig.*, 49, 14, 2, 2). Nous ne savons rien de plus précis ; il est à conjecturer que dans la dernière période le juge répressif statue à son gré dans chaque cas concret.

(1) Dans le procès criminel d'Apulée pour cause de magie, on permet (c. 78) à l'accusé de copier en présence de l'accusateur une lettre qui se trouve actuellement en la possession de celui-ci et qui avait été conservée dans les papiers de Pontianus, beau-fils de l'accusé et déjà décédé : *quas litteras tabulario [inlatas a] Pontiano praesente et contra scribente Aemiliano nudius tertius tuo jussu, Maxime, descripsimus.* La correction n'est pas certaine quant aux termes, elle l'est quant au fond. Il est vrai que le demandeur n'apporte qu'un fragment de la lettre, l'accusé demande qu'elle soit produite toute entière. Il y a là incontestablement un cas exceptionnel.

SECTION VI (421)

LA PROCÉDURE DE LA PREUVE

La procédure de la preuve, dont l'organisation dans le procès pénal remonte vraisemblablement à l'*anquisitio* (I, p. 189. sv.), doit être exposée ici telle que nous la rencontrons dans la procédure accusatoire. Nous l'examinerons surtout dans sa forme originaire parfaitement appropriée à l'instance devant un jury, mais nous la considérerons aussi postérieurement à la chute du jury après laquelle elle est restée la même dans son ensemble. Quant à la procédure essentiellement non formelle de la *cognitio*, elle a dû obéir dans une certaine mesure aux règles qui vont être rapportées ici.

Prestation de la preuve dans la procédure d'accusation.

La règle de l'action privée d'après laquelle celui ou ceux qui sont appelés à rendre la sentence doivent garder une attitude passive (1) et qui donne à l'action privée, par une opposition très nette à l'action publique, le caractère de procédure arbitrale, a également passé dans la procédure des *quaestiones*. Le *quaesitor* qui préside, magistrat ou particulier investi des droits d'un magistrat, a pour mission de maintenir l'ordre entre les personnes qui prennent part au procès, de faire cesser les troubles et de réduire les discours des orateurs à une durée convenable (2); il dispose dans ce but des

Attitude passive du magistrat et des jurés.

(1) Aulu-Gelle, 14, 2, 16-19.

(2) *Rhet. ad Her.*, 4, 35, 47 : *quaesitoris est unumquemque horum* (accusateurs, défenseurs, témoins) *in officio suo continere;* il doit exhorter le témoin à faire connaître ses perceptions (et non pas *praeterquam quod sciat*

(422) moyens de coercition (1), mais n'a pas le droit d'intervenir dans les débats eux-mêmes; en particulier il n'est pas autorisé, d'après le droit de la République, à poser des questions aux témoins (2). Sous le Principat, le rôle du magistrat dans la procédure accusatoire s'est accru et il arrive alors qu'il interroge les témoins (3). — De même les jurés, lorsque la procédure accusatoire se déroule devant eux, doivent assister silencieux aux débats et ne peuvent pas de leur côté influer sur la preuve, soit en interrogeant les témoins, soit en communiquant les renseignements qu'ils possèdent personnellement (4).

Renouvellement de la procédure de la preuve.

Avant de nous attacher aux modalités de la procédure de la preuve, il nous paraît convenable de relever ici la coutume romaine du renouvellement de cette procédure ; celle-ci

---

aut audierit argumentari et conjectura prosequi). D'après Quintilien, 6, 4, 11, les avocats ne doivent pas s'interpeller au cours des débats *judices vel praesidentes magistratus appellando frequentius, ut loquendi vices serventur.* Tacite, *Dial.*, 19. 20.

(1) Dans la *lex repetundarum*, l. 45, il est question d'amendes infligées aux jurés, sans doute par le *quaesitor*. Lorsque le public manque de calme, le président lève la séance (Cicéron, *Verr.*, 5, 63, 163).

(2) Le silence des documents de l'époque républicaine nous donne une preuve irrécusable en ce sens.

(3) C'est ce que montre le procès d'Apulée pour cause de magie : *Apol.*, 48. 61. 62. 98. 101. Chez Dion, 54, 3, on voit déjà à l'époque d'Auguste le préteur qui dirige un procès de lèse-majesté adresser une question au témoin ; il ne faut toutefois pas accorder une créance complète à cette mention occasionnelle. Constantin prescrit au juge répressif de seconder de son côté l'instruction, mais de se montrer impartial vis-à-vis des parties et de ne pas faire connaître son opinion pendant les débats : *C. Th.*, 9, 19, 2 = *C. Just.*, 9, 22, 22 : *nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit judex medius nec ulla quae sentiat interlocutione divulget, sed tamquam ad imitationem relationis, quae solum audiendi mandat officium, praebeat notionem, postrema sententia quid sibi liqueat proditurus.* Il en résulte que le magistrat intervient à son gré dans la procédure accusatoire.

(4) *Lex repetundarum*, l. 39 : *joudex nei quis disputet.* Par exception, la loi spéciale relative au meurtre de Clodius ordonne aux jurés de confirmer le cas échéant par leurs propres connaissances les indications des témoins (Asconius, *In Mil*, p. 40 : *dicta eorum* — des témoins — *judices confirmarent*). Dans les procès devant le Sénat, cette règle est parfois violée. Tacite, *Ann.*, 1, 74 : (*Tiberius*) *exarsit adeo, ut rupta taciturnitate proclamaret.* —Dans le procès devant le Sénat, cette règle est modifiée par le réglement des travaux de cette assemblée. Pline, *Ep.*, 2, 11, 9 : *Tuccius Cerialis consularis jure senatorio postulavit.*

ne peut, en effet, être exposée d'une manière suffisante que si l'on tient compte de sa répétition tantôt permise et tantôt prescrite par la loi ; en outre, chaque nouveau débat se déroule comme celui ou ceux qui l'ont précédé. Si la procédure accusatoire ne connaît pas les trois audiences successives de la procédure comitiale (I, p. 190), elle a du moins emprunté à l'action privée le renouvellement de la procédure de la preuve. Cela veut dire que le tribunal, lorsque la procédure de la preuve est terminée, a la faculté de ne pas trancher le procès, mais de déclarer que l'affaire n'est pas suffisamment claire — *sibi non liquere* — et d'ordonner par suite (423)
un plus ample informé — *amplius pronuntiare* (1). Cette institution apparaît dans cette procédure sous des formes diverses, parmi lesquelles on peut discerner les suivantes :

Ampliatio.

1. La forme simple et vraisemblablement originaire de l'*ampliatio* se rencontre dans les *consilia* sénatoriaux rétablis par Sylla. Après la clôture des débats, les jurés ont la faculté, en cas de vote oral, de s'abstenir, et en cas de vote écrit, de remettre des tablettes de vote non écrites (2) ; si le scrutin ne donne pas la majorité requise pour l'acquittement ou la condamnation, il y a lieu à une *ampliatio* (3).

---

(1) Donat sur Térence, *Eun.*, 2, 3, 39 : *est « liquet » verbum juris, quo utebantur judices cum « amplius » pronuntiabant. Causam novisse* est synonyme de *liquere* (*lex repetundarum*, l. 40-44 ; Cicéron, *Verr.*, l. 2, 32, 79). Autres preuves dans les remarques suivantes. — Dans l'action privée, l'*ampliatio* peut avoir lieu même devant le juré unique (Sénèque, *Ep.*, 65, 15 : *nega tibi liquere et nos reverti jube ;* cpr. Cicéron, Brutus, 22) ; elle est mentionnée pour les collèges de juges, parce qu'elle est ici provoquée par un vote, ainsi par exemple pour les décemvirs *litibus judicandis* (Cicéron, *Pro Caec.*, 33, 97 : *prima actione non judicaverunt*), pour les procès de récupérateurs (Tite-Live, 43, 2, 10 : *accusati ampliatique ; cum dicenda de integro causa esset, excusati ;* Cicéron, *Pro Caec.*, 3, 6 : *vos... bis jam de eadem causa dubitasse ;* 4, 9 : *prolato judicio.* On la rencontre aussi devant le tribunal domestique des pontifes (Tite-Live, 4, 44, 12).

(2) Cpr. *lex repetundarum* l. 54 : [*pronontiato*] *ubei nihil scriptum erit « seine suffragio ».* Il ne faut pas croire les scoliastes des Verrines p. 164, d'après lesquels on pouvait voter non seulement par *a*(*bsolvo*) et *c*(*ondemno*) mais aussi par *n*(*on*) *l*(*iquet*).

(3) Cette procédure est décrite en détail par Cicéron, *Pro Cluentio*, 27. 28 à propos du procès de meurtre contre Oppianicus en 674/80. Comme plu-

2. D'après la *lex Acilia repetundarum* de 631/123, le président, après la clôture des débats, demande aux jurés s'ils sont suffisamment informés. Si plus d'un tiers d'entre eux répondent négativement, l'*ampliatio* est ordonnée (1).

(424) *Comperendinatio.*

3. D'après la *lex Servilia repetundarum* de 643/111 et de même d'après les lois postérieures qui réglèrent cette *quaestio*, un double débat est ici obligatoire, de telle façon qu'après la clôture de la procédure de la preuve une seconde assignation est donnée pour le surlendemain (*in diem tertium sive perendinum*) (2). Nous ne savons pas si la *comperendinatio* s'est étendue à d'autres *quaestiones* (3).

---

sieurs jurés s'abstiennent de voter, alors que plusieurs ont déjà opiné pour la condamnation, la question préalable ne peut pas être posée ici, et lorsqu'un juré déclare, *cum potestas esset ampliandi, sibi liquere* (Cicéron, *Pro Caec.*, 10, 29), l'*ampliatio* désigne ici l'abstention dans le vote sur la question de culpabilité. La même procédure est supposée dans le fragment d'un discours d'accusation qui se trouve dans la *Rhet. ad Her.*, 4, 36, 48 : *quid fuit, judices, quare in sententiis ferendis dubitaveritis aut istum hominem nefarium ampliaveritis?... hic vos veriti estis, si primo coetu condemnassetis, ne crudeles existimaremini?*

(1) Les restes peu importants de la *lex Acilia repetundarum* relatifs à cette question et difficilement intelligibles, l. 46-49, notamment l. 49 : [*de*] *reis quomodo judicetur. Ubi duae partes judicum quei ader*[*unt*]..., ne laissent aucun doute sur la séparation des deux questions dont l'une concerne uniquement le point de savoir si l'affaire est mûre pour la sentence et l'autre porte sur le fond même du procès. Cicéron, *Verr.*, l. 1, 9, 26, nous dit que cette loi rendait l'*ampliatio* facultative : *ego tibi illam Aciliam legem restituo, qua lege multi semel accusati, semel dicta causa, semel auditis testibus condemnati sunt.*

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 9, 26 : *ut opinor Glaucia primus tulit, ut comperendinaretur reus; antea vel judicari primo poterat vel amplius pronuntiari.* Festus, *Ep.*, p. 283 : *res comperendinata significat judicium in tertium diem constitutum.* Aulu-Gelle, 14, 2, 1. Le procès de Verrès est traité de cette manière (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 9, 26 : *habet lex... bis ut causa dicatur ;* l. 1, 7, 20 : *sic... oppressus est* — dans le premier débat — *ut... nemo istum comperendinatum, sed condemnatum judicaret*) et de même dans d'autres procès de *repetundae* il est fait allusion au double débat (Cicéron, *Pro Fonteio*, 16, 37) et à la *comperendinatio* (Cicéron, *Pro Scauro*, 29. 30). Pour déterminer le troisième jour, on ne tient naturellement pas compte des jours impropres aux audiences judiciaires (Cicéron, *Verr.*, 1, 7, 20 : *his ludorum diebus interpositis*). — La *comperendinatio* a également lieu dans le procès centumviral (Pline, *Ep.*, 5, 9, 1 ; cpr. 6, 2, 6) ; nous ne savons pas si elle a été transportée de ce dernier à la *quaestio* ou inversement. Celle de la procédure civile ordinaire est différente (Gaius, 4, 15).

(3) La *comperendinatio* obligatoire est inconciliable avec la loi Cornelia

Par suite de l'*ampliatio* ou de la *comperendinatio*, le procès engagé donne lieu, à deux ou trois reprises, à la procédure de la preuve devant le même magistrat et les mêmes jurés; le terme technique pour désigner chaque procédure de preuve est *actio* avec addition du chiffre correspondant (1). La longueur des procès, qui résultait nécessairement de cette procédure, — le souvenir nous a été gardé d'un procès de *repetundae* qui n'a reçu sa solution que dans un huitième débat après sept *ampliationes* (2) — a provoqué rapidement des restrictions légales. La *lex Acilia repetundarum*, dont nous possédons des débris, permet l'*ampliatio* une fois; elle n'interdit pas toute autre *ampliatio*, mais elle frappe d'une amende pécuniaire chaque juré qui a prêté son appui à la remise du jugement (3). Pendant la dernière période, nous n'avons pas d'exemple de procès ayant donné lieu à plus de deux débats. Dans les lois exceptionnelles de Pompée de 702/52, l'*ampliatio* est interdite d'une manière absolue (4). Sous le Principat, il n'y est pas fait allusion à propos des procès sénatoriaux et peut- (425)

---

sur le meurtre (II p. 101 n. 3). On ne peut pas conclure avec certitude de Tacite, *Dial.*, 38, qu'elle ait aussi lieu dans la *quaestio de vi*.

(1) La *lex coloniae Genetivae*, c. 102, parle aussi de *singulae actiones* pour les procès devant les récupérateurs; pour la procédure des *quaestiones*, il suffit de rappeler l'*actio prima* et l'*actio secunda* des Verrines. Chaque *actio* peut exiger plusieurs jours et on ne doit pas la confondre avec l'audience qui se termine chaque jour par la *dimissio* du *consilium*. Nous n'avons pas besoin de nous arrêter aux erreurs formulées à cet égard dans Plutarque, *Cic.*, 7, et dans les scolies sur les Verrines, p. 149. 153. 163. 164. — Pline (*Ep.*, 3, 9. 4, 9, 12) emploie le mot *actiones* à propos de la procédure devant le Sénat pour désigner les différents groupes formés en cas de division d'un procès mettant en cause plusieurs accusés (II p. 50 n. 1).

(2) Cela eut lieu dans le fameux procès de *repetundae* du second Africain contre L. Aurelius Cotta (Appien, *B. c.*, 1, 22; Cicéron, *Brut.*, 21, 81; *Div. in Caec.*, 21, 69; *Pro Fonteio*, 17, 38) d'après *Val. Max.*, 8, 1, 11, où la lecture de l'épitomé *apud judices ad populum* est seule possible en présence des défectuosités des manuscrits du texte complet.

(3) *Lex repetundarum*, l. 48 : *is* (= *iis*) *sestertium n*(*ummum*) X (*milium*) *quotiens quomque « amplius » bis in uno judicio pronon*[*tiatum erit, singulis multa esto*].

(4) Asconius, p. 40 : (*lex*) *jubebat, ut... res eodem die illo judicaretur*. C'est aussi à cela que pense Tacite, *Dial.*, 39, lorsqu'il parle de la restriction des *comperendinationes* par la loi de Pompée, quoique le terme de *liberae* appliqué à celles-ci ne convienne à proprement parler qu'à l'*ampliatio*.

être en est-elle exclue ; mais elle a persisté dans le procès pénal devant les jurés (1). Quand la sentence est rendue par un seul juge, comme cela est la règle dans la procédure pénale de la dernière période, un supplément de preuve peut certainement être ordonné ; mais il est difficile qu'une *ampliatio* proprement dite et un renouvellement formel du procès aient eu lieu dans la procédure accusatoire des derniers temps et dans la *cognitio*.

Appel des parties et des jurés.

La procédure de la preuve, soit la première, soit celle qui est renouvelée en vertu de l'*ampliatio* ou de la *comperendinatio*, débute au jour fixé par l'appel des parties (2) et des
(426) jurés (3). Nous avons déjà parlé dans la Section IV des conséquences juridiques du défaut d'une partie (I p. 390 sv, II p. 71 sv.) ou de l'insuffisance de jurés (II p. 71 n. 5).

Les différentes formes d'introduction de la preuve testimoniale.

Comme cela était d'usage dans l'action privée (4), la procédure de la preuve commence aussi ordinairement en droit pénal par une déclaration du demandeur groupant tous les faits mis à la charge de l'accusé (5) et par une réponse

---

(1) Quintilien 4, 1, 4 : *contingere istud principiorum genus (quasi causam judex jam noverit) secundis actionibus potest, primis quidem raro umquam.* 7, 2, 34 : *sic praeparabit actione prima judicum animos.* 12, 9, 16 : *hoc* (la rédaction écrite du discours) *aut primae actiones aut quae in publicis judiciis post interjectos dies dantur permiserint.*

(2) Le défendeur répond à cette question en acceptant le procès. Cicéron, *Verr.*, l. 2, 40, 97. 98 : *mane k. Dec., ut edixerat, Sthenium citari jubet... citat reum : non respondit. Citat accusatorem.* Le meme, *Pro Cluentio*, 17, 49. 18, 50. 21, 58. 22, 60. Asconius, *In Mil.*, p. 55. *In Cornel.*, p. 59. Plutarque, *Brut.*, 27 : τοῦ κήρυκος, ὥσπερ εἴωθεν, ἀπὸ τοῦ βήματος τὸν βροῦτον ἐπὶ τὴν δίκην καλοῦντος. Scolies sur les Verrines, l. 1, 1, 1, p. 156. Suétone, *Tib.*, 1, 1. Martial, 4, 5, 4. Apulée, *Met.*, 3, 3, p. 177 édit. Oud. Ammien, 29, 1, 44. *Dig.*, 4, 1, 7, *pr.*

(3) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 7, 19 et ailleurs.

(4) C. Titius chez Macrobe, *Sat.*, 3, 16, 16 : (*judices*) *veniunt in consilium : tristes jubent dicere : quorum negotium est narrant : judex testes poscit... tabulas poscit... eunt in consilium.* Cicéron, *Pro Quinctio*, 18, 58. 23, 75. 28, 86. Il a pu y avoir des dérogations, c'est ainsi que dans le *Pro Tullio*, 24, le discours paraît être interrompu par la déposition des témoins.

(5) Ce discours est, par opposition aux discussions qui s'entre-croisent dans l'audition des témoins (*altercatio*), désigné sous le nom d'*oratio* (ou *actio*) *perpetua* (Cicéron, *Verr., Act.* 1, 18, 55 ; cpr. *De orat.*, 1, 33, 153. Quintilien, 6, 4, 2) ou *continua* (Quintilien 6, 4, 1. Suétone, *Ner.*, 15).

correspondante de celui-ci visant également l'ensemble des faits reprochés (1); des deux côtés on expose d'un seul coup les éléments de la preuve et notamment l'on annonce et fait entrevoir les dépositions des témoins (2). Il n'existait pas d'intervalle légal entre l'accusation et la défense et on ne trouve que des traces isolées d'intervalles de ce genre concédés par la justice (3). — Toutefois le débat ne revêt pas toujours cette forme. Dans les procès provoqués par le meurtre de Clodius, (427)
une loi spéciale établit un ordre inverse : la procédure débute par l'audition des témoins, l'accusation et la défense suivent (4). Mais on a aussi la faculté d'éviter les déclarations d'ensemble et de faire successivement la preuve sur les différents points de l'accusation. Dans ce cas, l'accusateur introduit l'affaire par une déclaration sommaire et son adversaire est ainsi obligé de s'exprimer brièvement ; les dépositions des

---

(1) D'après l'exposé de Cicéron dans les Verrines, le procès est organisé de façon que la première *actio* consiste uniquement dans l'audition des témoins et que la défense soit reportée dans la seconde *actio* (*act.* 1, 11, 34 ; c. 18, 54) ; il n'est pas question de la défense dans le premier débat, mais seulement de l'intervention de l'adversaire lors de l'audition des témoins. Les deux parties étant ici appelées de plein droit à prendre deux fois la parole (l. 1, 9, 26), l'avocat renonce au premier plaidoyer de défense dans lequel il n'aurait pas encore pu aborder le fond de l'affaire, puisque le premier discours du demandeur ne le faisait pas.

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 9, 26 : *accusabo* ; *respondebis* ; *testibus editis... mittam in consilium.* Le même, *Pro Flacco*, 10, 21 : *cum dixerat accusator... cumque defensor... responderat, tertius ille erat expectatus locus testium.* Quintilien, 5, 7, 25 : *et singulos (testes) ut exornare, ita destruere... contingit, quod illis temporibus quibus testis non post finitas actiones rogabatur* (d'où il résulte donc que, dans la procédure comitiale, l'interrogatoire des témoins était intercalé dans le discours du magistrat) *et facilius et frequentius fuit.* Pline, *Ep.*, 2, 11, 18. On n'a pas besoin d'autres preuves. Ordinairement les discours laissent entrevoir la procédure de la preuve. Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 29, 82. 30, 84. 36, 102. 103. *Pro Cluentio*, 6, 18. *Pro Caelio*, 2, 4. 8, 19. 28, 66. 67.

(3) Dans le procès de Pison, on fixe un intervalle de six jours entre l'accusation et la défense (Tacite, *Ann.*, 3, 13) ; dans un autre procès, on sollicite un délai après l'accusation (Tacite, *Ann.*, 3, 67).

(4) Asconius, *In Mil.*, p. 37 : *utraque lex* (les lois exceptionnelles de Pompée relatives au meurtre de Clodius et à la corruption électorale) *prius testes dari, deinde uno atque eodem die et ab accusatore et a reo perorari jubebat.* Le même, p. 40 et suiv. : *ut prius quam causa ageretur testes per triduum audirentur.* La procédure se déroula dans cet ordre.

témoins et les explications qui s'y rattachent constituent le centre du débat. Cette manière de procéder était particulièrement à sa place pour les procès qui embrassaient plusieurs délits, ainsi que cela était légalement prescrit pour le délit de *repetundae* et comme cela avait fréquemment lieu ailleurs. Elle est au fond plus appropriée au but poursuivi ; aussi a-t-elle été, à l'époque républicaine comme sous les empereurs, maintes fois préférée à la procédure ordinaire (1).

Discours introductifs des parties.

L'éloquence des avocats n'y trouvait pas à vrai dire son compte. Il est manifeste que les discours d'introduction, destinés uniquement par leur nature à orienter le tribunal, précédant la prestation de la preuve, indiquant par avance les résultats qu'on en attend et renouvelés deux ou plusieurs fois en cas d'*ampliatio*, sont devenus par abus la partie principale du débat et ont rendu moins nette la véritable procédure de la preuve. De son côté, la pratique des tribunaux s'est efforcée de tout temps de restreindre ces discours. Le moyen principalement employé dans ce but est la faculté reconnue au tribunal de fixer un délai maximum pour l'accusation comme pour la défense ; c'est à cet effet qu'on installe plus tard dans le local du tribunal des clepsydres (2). Cette fixation d'un délai

Délais des discours.

(428)

(1) Cicéron, suivant l'exemple d'autres avocats de marque, a organisé de cette manière le procès contre Verrès : *faciam*, dit-il à la fin de son discours d'introduction (*Act.*, 1, 18, 55, cpr. l. 1, 11, 29), *ut testibus utar statim... ita testes constituam, ut crimen totum explicem, ubi id... argumentis atque oratione firmavero, tum testes ad crimen accommodem.* En agissant ainsi, l'avocat se réserve d'ailleurs de reprendre, lors du renouvellement de la preuve légalement prescrit à cette époque, ce qu'il aura négligé lors de l'interrogatoire des témoins. Dans le procès de Libon sous Tibère, les parties n'arrivant pas à se mettre d'accord sur le point de savoir qui ferait le discours principal, il semble que celui-ci n'ait pas lieu et l'un des accusateurs intervient dans l'accusation de la manière suivante : *singillatim se crimina objecturum professus* (Tacite, *Ann.*, 2, 30). Néron a rendu la justice de cette manière : Suétone, *Ner.*, 15 : *cognoscendi morem eum tenuit, ut continuis actionibus omissis singillatim quaeque per vices ageret*).

(2) Dans l'ancien droit, on a dû se guider d'après la position du soleil, ainsi que l'indique la loi des XII Tables. L'utilisation des clepsydres (Apulée, *Met* , 3, 3, p. 177 : *ad dicendi spatium vasculo quodam in vicem coli graciliter fistulato ac per hoc guttatim defluo infusa aqua*) nous est décrite par Lydus, *De mag.*, 2, 16, comme une institution tombée en désuétude à son époque ; naturellement elles ne donnent qu'une mesure approxima-

a passé de l'action privée (1) dans les *quaestiones*. Elle dépend au début de celui qui dirige le tribunal (2) ; la fixation d'un maximum par la loi est inconnue de l'ancien droit (3). De telles mesures ne sont apparues pour la première fois que dans la législation de Sylla et sont restées assez longtemps en vigueur à l'époque impériale (4), sans que toutefois les tribunaux, notamment les tribunaux souverains, aient été absolument liés par elles (5). Plus tard, le tribunal, a de nouveau la faculté de mesurer à son gré le temps qu'il convient d'accorder à chaque orateur (6). Les chiffres qui nous ont été transmis à

---

tive du temps et Pline (*Ep.*, 2, 11, 14) est reconnaissant au président du tribunal de lui avoir accordé des *clepsydrae spatiosissimae*.

(1) Ces limites de temps sont imposées aux parties dans l'action privée par le juré et non par le préteur qui préside à l'engagement de l'instance (Cicéron, *Pro Quinctio*, 9, 33. 22, 71). Dans la *lex coloniae Genetivae*, c. 102, il y a, à vrai dire, un maximum légal de temps fixé pour la procédure des jurys de récupérateurs. On retrouve fréquemment ailleurs (Martial, 6, 35. 8, 7. Pline, *Ep.*, 1, 23, 2. 6, 2, 3) des dispositions du même genre. On en rencontre aussi dans l'ancienne procédure pénale pour la défense (I p. 191 n. 2) ; mais le magistrat n'est pas tenu de les observer.

(2) Tacite, *Ann.*, 3, 13 : *biduum criminibus obiciendis* (contre L. Piso) *statuitur, utque sex dierum spatio interjecto reus per triduum defenderetur*. Chaque *quaesitor* a certainement eu le même pouvoir, lorsqu'il n'y avait pas de délais légaux.

(3) Les paroles de Tacite, *Dial.*, 38 : *modum dicendi sibi quisque sumebat*, ne doivent être entendues qu'avec cette restriction ; cet écrivain commet également une inexactitude, lorsqu'il considère le délai des lois exceptionnelles de Pompée comme le premier qui ait été établi par une loi. Mais c'est avec raison qu'il signale, en regard de l'attitude peu énergique des magistrats de la République, l'application plus rigoureuse faite sous le Principat des limites légales ou discrétionnaires qui atteignent les orateurs.

(4) Cicéron, *Verr., act.*, 1, 11, 32 (avec les scolies de Gronovianus p. 396). l. 1, 9, 25, parle des *horae legitimae* qui lui appartiennent comme accusateur. Le même, *Pro Flacco*, 33, 82. Pline, *Ep.*, 4, 9, 9. Chez Quintilien, 12, 6 5, et Apulée, *Apol.*, 28. 46, il semble bien qu'on fasse aussi allusion à un maximum d'heures légalement fixé. — En cas d'interruption du discours, on arrête l'écoulement de l'eau (Apulée, *Apol.*, 37 : *tu interea dum legit aquam sustine*. 94).

(5) Dans un procès devant le Sénat on accorde à l'un des accusateurs, qui avait déjà obtenu douze *clepsydrae* largement mesurées, cinq nouvelles *clepsydrae*, de telle façon qu'il parle en tout cinq heures (Pline, *Ep.*, 2, 11, 14). Dans les procès devant l'empereur, les souverains consciencieux mesurent largement l'eau aux parties : Dion, 71, 16 (= Zon., 12, 2). 76, 17.

(6) Les ouvrages juridiques ne parlent pas de ces délais.

(429) cet égard ne permettent pas de dégager des règles générales (1); le délai est toujours fixé en bloc pour l'accusation et pour la défense et on laisse aux différents avocats le soin de le partager entre eux (2). — Malgré ces entraves judiciaires et légales, la plante parasite de l'éloquence judiciaire a exercé, à l'instar de son modèle grec, une influence désastreuse sur l'administration de la justice romaine (3) et le préjudice a été doublement grave, lorsque dans la période de la République postérieure à Sylla (4) et pendant les deux premiers siècles de l'Empire les plaidoyers non politiques jouèrent aussi un rôle dans la littérature (5). Si ce mouvement prend fin après Septime Sévère, il n'y a là, à vrai dire, qu'une manifestation de la décadence intellectuelle générale qui se propage en tous sens.

L'éloquence judiciaire, comme genre de littérature.

---

(1) Dans les lois exceptionnelles de Pompée de 702/52, on accordait à l'accusation deux heures et à la défense trois heures (Asconius, *In Mil.*, p. 37. 42. Dion, 40, 52. Cicéron, *Brut.*, 94, 324. *De fin.*, 4, 1, 1). Dans le procès de *repetundae*, la loi fixait, à l'époque de Trajan, pour l'accusation six heures et pour la défense neuf heures (Pline, *Ep.*, 4, 9, 9). La *lex coloniae Genetivae*, c. 102, donne à l'accusateur principal quatre heures et à chaque accusateur en sous-ordre deux heures ; l'accusé a une fois et demie autant d'heures. En principe (cpr. II p. 107 n. 2 et Apulée, *Apol.*, 28), le délai accordé à la défense est, par rapport au temps attribué à l'accusation, dans la proportion de deux à trois.

(2) Asconius, *In Mil.*, p. 42. Pline, *Ep.*, 4, 9, 9. *Lex coloniae Genitivae*, c. 103. — Pour la limitation du nombre des avocats, cpr. II p. 47 n. 7.

(3) *Non, quemadmodum putatis, omnia sunt in eloquentia*, dit Cicéron (*Pro Quinctio*, 26, 80) ; mais sa conduite concorde peu avec cette affirmation.

(4) On a déjà publié antérieurement des plaidoyers politiques ; mais des deux avocats les plus célèbres vers le milieu du VII^e^ siècle, l'un M. Antoine n'a publié aucun plaidoyer, l'autre L. Licinius Crassus n'a publié que des plaidoyers politiques. Ce genre de littérature commence avec Hortensius et Cicéron.

(5) Si les plaidoyers publiés sous la République ont toujours au début et plus tard ordinairement un caractère politique, on voit par contre cesser sous le Principat la publication non seulement des discours essentiellement politiques, mais aussi des plaidoyers faits dans les instances criminelles proprement dites. Il est vrai que la censure de cette époque ne pouvait pas se montrer favorable à des discours comme celui de Cicéron pour Cluentius et les orateurs, désireux d'arriver, devaient se contenter de publier les plaidoyers faits dans les procès inoffensifs d'hérédité devant les centumvirs (Tacite, *Dial.*, 38) et tout au plus dans les actions de *repetundae* (comme celui de Pline pour Bassus).

Prestation de la preuve.

La procédure de la preuve (1) commence lorsque la fin des discours d'introduction a été constatée par un cri du héraut (2). Elle ne comporte pas plus ici que dans l'action privée l'interrogatoire de l'accusé, quoique celui-ci garde naturellement la faculté de reconnaître ou de contester à son gré telle ou telle information, sans qu'une interrogation préalable ait lieu. Il le fait tant dans la forme de la défense personnelle que par voie d'intervention dans la prestation de la preuve (3). Par contre, la procédure pénale sans accusateur, tant celle des premiers temps de la République que celle de l'Empire, ne peut pas se concevoir sans un interrogatoire de l'accusé. Nous avons déjà fait cette remarque à propos de la procédure qui relève du magistrat (I p. 168 n. 3), elle est confirmée par les données peu nombreuses que nous possédons sur la procédure de la *cognitio* devant l'empereur (4) et ses délégués (5), de même que devant les gouverneurs de province (6). Dans la dernière période, l'intervention du magistrat dans la direction

(430)

Audition de l'accusé.

---

(1) *Planum facere* est également employé comme expression technique à côté de *probare* pour désigner la prestation de la preuve. Lucrèce, 2, 934 : *planum facere atque probare. Rhet. ad Her.*, 2, 3, 5. c. 20, 46. Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 23, 65. *Verr., act.* 1, 14, 40. l. 5, 64, 165. *Pro C. Rab. Post.*, 13, 37.

(2) Quintilien, 1, 5, 43 : *cum... « dixere » de pluribus patronis praeco pronuntiat.*

(3) Cicéron, *Verr.*, 3, 16, 41. 5, 59, 155. Asconius, *In Mil.*, p. 41. La mention que l'accusé conteste un fait (par ex., Tacite, *Ann.*, 2, 30 : *negante reo*), n'implique nullement que la forme de l'interrogatoire ait été employée.

(4) Suétone, *Auguste*, 33 : *manifesti parricidii reum... ita fertur interrogasse : certe patrem tuum non occidisti?* Dion, 57, 15 (*Tibère*) πολλὰς μὲν δίκας ἀκούων, πολλὰς δὲ καὶ αὐτὸς ἐπερωτῶν. Suétone, *Claude*, 15. Ammien, 29, 1, 25. 33. Hadrien, *Dig.*, 22, 5, 3, 3 : *quod crimina objecerit apud me Alexander Apro, ea* (ms. *et*) *quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis* (témoignages écrits II p. 87) *uti volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare soleo, eum* (ms. *quem*) *remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret.* Cette règle est reproduite dans les Basiliques, 21, 1, 3, comme étant d'une application générale : (οἱ μάρτυρες) αὐτοπροσώπως ἐρωτῶνται πρὸς τοῦ δικαστοῦ. Le procès capital qui se déroule devant l'empereur Commode et mentionné I p. 310 n. 1 a lieu également sous forme de questions et de réponses.

(5) Interrogatoire d'un voleur de grand chemin par le *praefectus praetorio* : Dion, 76, 10.

(6) Nous avons réuni II p. 79 n. 4 les preuves en ce sens que nous fournissent notamment les procès des chrétiens.

des procès a vraisemblablement eu pour effet de procurer une certaine place à l'interrogatoire de l'accusé même dans la procédure d'accusation.

La prestation de la preuve ne présente pas ici de particularités proprement dites, elle obéit en principe aux règles ordinaires de la procédure civile.

Audition des témoins.

L'audition des témoins libres occupe la première place dans la prestation de la preuve. L'interrogatoire des témoins annoncé par un appel général du héraut (1) est fait par les parties ou même ordinairement par leurs avocats ; c'est seulement sous le Principat qu'on voit le magistrat leur poser des ques-
(431) tions (II p. 100 n. 4). Le témoin ne peut pas parler s'il n'est pas interrogé (2). Les questions lui sont d'abord posées par la partie qui le produit (3) ; mais l'adversaire a toujours le droit de lui poser une contre interrogation (4). Ce débat prend fréquemment la forme d'une discussion entrecoupée (*altercatio*) entre les avocats des deux parties, il est souvent un interrogatoire entrecroisé (5). Le président doit autant que possible empêcher que des inconvenances soient commises dans les questions et les réponses (6). On entend d'abord les témoins

---

(1) Les paroles de Quintilien, 6, 4, 7 : *in publicis judiciis vox illa praeconis praeter patronos ipsum qui egerit citat*, impliquent un appel du héraut qui a lieu après la fin des discours des parties pour annoncer d'une manière générale le commencement de l'audition des témoins. Les Verrines de Cicéron, l. 1, 7, 20 : *primo die testium tanto numero citato* se rapportent peut-être aussi à une lecture de toute la liste des témoins qui aurait lieu au début de cette procédure d'audition.

(2) Cicéron, *Pro Flacco*, 4, 10 : *numquam nobis* (*testes Graeci*) *ad rogatum respondent, semper accusatori plus quam est rogatum.* Scolies sur les Verrines l. 1. 33, 84 p. 182 : *loqui nisi interrogato testi non licebat.*

(3) La forme est *te rogo*. Cicéron, *Pro Flacco*, 10, 23 et ailleurs. La contre-interrogation s'appelle ordinairement *interrogatio*, comme par exemple l'*interrogatio* de Cicéron *in P. Vatinium testem.*

(4) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 28, 71. 2, 64, 156. *Pro Fonteio*, 10, 22. *Pro Caelio*, 14, 33. 34. Scolies sur les Verrines l. 1, 10, 29 p. 165 et *loc. cit.*

(5) Quintilien, 6, 4, 7, cpr. 24, 28 et Pline, *Ep.*, 3, 9, 24. Cet échange de paroles peut naturellement se produire pour d'autres raisons ; mais ordinairement il se lie à l'audition des témoins.

(6) II p. 99 n. 2. Le discours de Cicéron, agissant comme défenseur de Sestius contre le témoin Vatinius, nous montre ce que les avocats se permettaient à cet égard vis-à-vis des témoins. Le *quaesitor* a dû certaine-

de l'accusateur, puis ceux de l'accusé ; en dehors de là, l'ordre d'audition est déterminé par celui qui produit les témoins (1). Chaque témoin est appelé devant le tribunal (2) par le héraut (3) et dépose après avoir prêté serment (4). Il est d'usage de parler ici non de ce que l'on sait (*scire*), mais de ce que l'on pense (*arbitrari*) (5). La fin de l'audition des témoins est constatée par un cri du héraut (6). Sous le Principat, au lieu (432) d'être fourni dans cette procédure spéciale, le témoignage est produit dans le discours même des parties (7).

Déclarations des esclaves.

La réception des dépositions des esclaves s'opère en principe de la même manière. Elle a également lieu après les discours des parties (8), au siège même du tribunal ou non loin

---

ment avoir la faculté d'intervenir en pareil cas, mais il pouvait difficilement interrompre directement l'audition des témoins. Cpr. Cicéron, *De fin.*, 2, 19, 62 : *A. Varius, qui est habitus judex durior, dicere consessori solebat, cum datis testibus alii tamen citarentur :* « *aut hoc testium satis est aut nescio quid satis sit* ».

(1) Cicéron, *Verr.*, 2, 72. 177 : *producam plures eodem tempore.*

(2) C'est à lui qu'il doit être fait allusion dans Cicéron, *Pro Fonteio*, par les mots *ex illo loco.*

(3) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 30, 75. *Pro Flacco*, 15, 34.

(4) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 33, 80. c. 72, 177. 5, 11, 27. *Pro Fonteio*, 11, 24. 13, 29. 30. *Pro Flacco*, 5, 11. 12. *Pro Caelio*, 2, 4. 8, 20. 22, 54. Quintilien, 5, 7, 5. 32. *Cod. Th.*, 11, 39, 3, *pr.* = *Cod. Just.*, 4, 20, 9, *pr.* Les formules *ex animi sententia* et *si sciens fallo* chez Cicéron, *Acad.*, 2, 47, 146, se rapportent tout d'abord à ce serment.

(5) Cicéron, *Acad.*, l. 2, 47, 146 : (*majores voluerunt*) *qui testimonium diceret, ut arbitrari se diceret etiam quod ipse vidisset.* Le même, *Pro Fonteio*, 13, 29, blâme un témoin gaulois à cause de son *scire.*

(6) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 30, 75 : *testes citari jubet : dicit unus et alter breviter : nihil interrogatur : praeco dixisse pronuntiat.* Le même, *Pro Cluentio*, 27, 73 : *Cannutio* (l'avocat du demandeur)... *placuit repente pronuntiare* (plutôt *pronuntiari;* car l'avocat peut bien provoquer la clôture de l'audition des témoins, mais non la prononcer) : « *dixerunt* ».

(7) Apulée, *Apol.*, 33. 61. 62. 101. Déjà dans le procès de Pison (II p. 104 n. 5), il n'est question que de l'accusation et de la défense ; l'audition des témoins doit donc avoir été intercalée dans celles-ci. En réalité, le procédé suivi par Cicéron dans le procès contre Verrès n'est pas essentiellement différent du précédent. Cpr. II p. 104 n. 4.

(8) Le défenseur indique cette audition comme imminente (Cicéron, *Pro Sulla*, 28, 78). Si dans le procès de Milon elle précède les discours (Cicéron, *Pro Mil.*, 22, 59), cela s'explique par le renversement exceptionnel de la procédure (II p. 105 n. 4) qui eut lieu dans cette affaire. Cette audition suivait vraisemblablement celle des personnes libres ; dans un procès

de là, dans un local permettant l'interrogatoire avec torture (1), en présence du tribunal (2), des parties et de leurs assistants judiciaires (3). Pour les interrogations et contre-interrogations, on applique les règles relatives aux dépositions des témoins (4).

Production des titres.

Les papiers qui servent d'instruments de preuve sont fréquemment présentés par les personnes mêmes qu'ils intéressent et leur production prend ainsi place dans l'audition des témoins. Tous les autres écrits qui servent dans la procédure de la preuve, parmi lesquels il faut compter les dépositions extrajudiciaires écrites des personnes libres et des esclaves, paraissent n'avoir eu dans la prestation de la preuve que la
(433) dernière place (5), à moins qu'ils n'aient été, comme cela est fréquent, lus dans les discours des parties (6) et dans certains cas présentés aux jurés eux-mêmes (7).

---

renvoyé par l'empereur au Sénat, on remet à celui-ci avec les procès-verbaux *testium interrogatio, tormenta servorum* (Tacite, *Ann.*, 6, 47).

(1) Tite-Live, 26, 27, 9 : *quaestio ex ministris facinoris foro medio haberi coepta est.* Cicéron, *Pro Milone*, 22, 59) : *quaestiones urgent Milonem, quae sunt habitae nunc in atrio Libertatis* (au côté nord du forum : Hülsen, *Mitth. des arch. Inst.* 4, 1887, p. 240).

(2) Les preuves font défaut, mais il n'est nulle part dit que ces déclarations soient conservées par écrit.

(3) *Dig.*, 48, 5, 28, 7 : *quaestioni interesse jubentur reus reave et patroni eorum et qui crimen detulerit.*

(4) *Dig., loc. cit.* : *interrogandique facultas datur patronis.* Il est naturel que celui qui les produit les interroge le premier.

(5) Un argument en ce sens nous est notamment fourni par la description de la procédure dans l'action privée, citée II p. 104 n. 4 et vraisemblablement donnée à titre de schéma : *judex testes poscit, tabulas poscit.* Le fait que les discours des parties annoncent non seulement les dépositions des témoins qui vont avoir lieu, mais aussi les productions de titres qui vont se faire (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 10, 28. c. 60, 156. 2, 20, 50), n'est pas probant ; car les titres sont souvent présentés par les témoins eux-mêmes.

(6) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 9, 25. *Verr.*, l. 1, 33, 83. *Pro Sest.*, 4, 10, et ailleurs. Une décision d'un municipe, apportée par des légats, est lue au cours de la plaidoirie ; les légats sont invités à se lever pour entendre cette lecture (Cicéron, *Pro Cluentio*, 69, 196).

(7) Un article ayant été falsifié par rature dans le livre de comptes des fermiers d'impôt qui ne peut être saisi (II p. 97 n. 3), Cicéron en présente un fac-similé authentique aux jurés (*Verr.*, 2, 76. 77. 78). Cicéron, *Ad. Att.*, 1, 16, 4 (cpr. *Pro Balbo*, 5, 11 ; Val. Max., 2, 10, 1) ; *tabulas Metelli Numidici, cum eae, ut mos est, circumferrentur, nostri judices aspicere noluerunt.*

Délais de preuve.

Le droit romain ne connaît pas de prescription générale fixant un délai maximum pour la procédure de la preuve ; mais des délais de ce genre ont été établis pour différents procès, soit par une loi spéciale, par exemple par la loi de Pompée promulguée à l'occasion du meurtre de Clodius (1), soit par une décision du tribunal, comme cela a eu lieu dans l'instruction relative à la mort de Germanicus (2).

Influence du renouvellement de la procédure de la preuve sur la prestation de celle-ci.

Il n'est pas de règle dans la procédure romaine que les discours des parties se placent à la fin des débats ; nous avons déjà fait remarquer (II p. 105 n. 4, II p. 111 n. 8) que dans la *quaestio* spéciale organisée à l'occasion du meurtre de Clodius, les discours des parties ont, en vertu d'une prescription légale, suivi la procédure de la preuve. Le fait que cet aperçu général des preuves pour et contre, dont la procédure pénale ne peut se passer sans inconvénient, précédait la prestation de la preuve au lieu de la suivre entravait gravement le fonctionnement de la justice ; il est sans aucun doute la cause du renouvellement de la procédure ordinairement permis sous la forme de l'*ampliatio* et même partiellement prescrit dans la forme de la *comperendinatio*. En effet, bien que la procédure de la preuve se renouvelle dans chaque débat, les preuves produites dans un précédent débat peuvent être réunies aux nouvelles et les parties ont ainsi la possibilité d'insister dans un débat postérieur sur des preuves précédemment fournies ou de les contester et de présenter aux jurés dans les discours du dernier débat un (434)

(1) Asconius, *In Mil.*, p. 40 (cpr. p. 37, 41) : (*lex*) *jubebat, ut... testes per triduum audirentur... quarta die adesse omnes in diem posteram juberentur ac coram accusatore ac reo pilae, in quibus nomina judicum inscripta essent, aequarentur, dein rursus postera die sortitio judicum fieret.* Les trois jours de l'audition des témoins sont le 4 avril (jour qui ne peut être écarté) les 5 et 6 avril et après un jour d'intervalle la décision est rendue le 8 du même mois ; la suite du récit, p. 41, concorde avec ce qui précède, à la condition de ne comprendre sous le double *postera die* (de même que précédemment *in diem posteram* et *rursus postera die*) que deux jours.

(2) Tacite, *Ann.*, 3, 13, où les délais comprennent l'audition des témoins (II p. 107 n. 2).

exposé d'ensemble de l'affaire basé sur la totalité des preuves (1).

Durée de la procédure.

La procédure, avec les discours des parties et la prestation de la preuve, même abstraction faite du renouvellement de la procédure de la preuve, exigeait fréquemment plusieurs jours (2); en pareil cas, le président levait la séance (3) et fixait la suivante au plus prochain jour convenable.

---

(1) Les discours de Cicéron, notamment ceux contre Verrès et pour Fonteius, nous donnent de nombreuses preuves d'une reprise dans un second débat des témoignages déjà fournis dans le premier débat. Pour la seconde audition de témoins contre Verrès, Cicéron annonce (2, 72, 177. 5, 59) d'une part le rappel de témoins déjà entendus, d'autre part l'audition de nouveaux témoins.

(2) La première procédure de preuve dans le procès de Verrès, y compris les discours succincts des parties, dura neuf jours (*Verr.*, 1. 1, 7, 20. c. 60, 156 : *novem solis diebus*).

(3) Cela s'appelle *consilium dimittere* : *lex repetundarum*, l. 70. Cicéron, *De orat.*, 1, 26, 121. *Verr.*, l. 2, 29, 72. 30, 73. 33, 81. 5, 63, 163. La formule employée dans ce but *i(re) licet* est expliquée par Donat sur Térence, *Phorm.*, 1, 4, 31 (cpr. sur *Eun.*, 1, 1, 9) : *sic judices de consilio dimittebantur suprema dicta, cum praeco pronuntiasset « ilicet », quod significat ire licet.* C'est donc à tort que les scolies sur Virgile, *Aen.*, 2, 424, rapportent à la reddition de la sentence cette formule qu'on rencontre d'ailleurs dans une autre application (cpr. les scolies sur *Aen.*, 6, 216).

SECTION VII

LA REDDITION DE LA SENTENCE

Nous avons à traiter ici de la reddition de la sentence, soit au point de vue du fond, en tant qu'elle dépend de l'appréciation par le tribunal saisi des éléments de preuve qui lui ont été présentés, soit au point de vue de la forme, en ce qui concerne l'expression valable de la conviction acquise par le tribunal.

Conviction du juge.

La conviction requise du juge, statuant seul ou avec d'autres, pour justifier la condamnation et la rendre nécessaire, doit porter sur les éléments essentiels du délit prétendu, c'est-à-dire sur la capacité délictuelle, la volonté de commettre un délit et la réalisation de celui-ci. La cause morale d'excuse dont on peut éventuellement établir l'existence ne doit pas, lorsque le délit est prouvé, influer sur la décision du juge. Toutefois cette règle, basée sur l'essence même de la procédure, n'a jamais été reconnue qu'imparfaitement chez les Romains : la juridiction et le droit de grâce se confondent chez les autorités souveraines, c'est-à-dire tant chez le citoyen votant dans la procédure de provocation à raison du pouvoir souverain des comices que chez le sénateur et l'empereur à raison de leur non sujétion aux lois ; chez ces puissances, la conviction que le délit a été commis n'entraîne pas nécessairement la condamnation (1). Lorsque la prestation de la preuve n'a pas donné

(1) C'est là dessus que repose la *deprecatio* ou demande de grâce. Quin-

(436) cette conviction au juge, celui-ci doit acquitter, sans qu'il y ait à distinguer s'il est convaincu de l'innocence ou si simplement il n'est pas convaincu de la faute (1).

La conviction, qui détermine le juge à condamner est, comme nous l'avons déjà fait remarquer (II p. 74), celle des sciences historiques, qui n'exclut pas l'erreur même en cas d'examen scrupuleux. Les Romains ont gardé la conscience que des erreurs étaient inévitables dans l'administration de la justice, ainsi que le prouvent l'emploi du mot penser (*arbitrari*) dans la formule de déposition des témoins (II p. 111 n. 5) et l'emploi du mot paraître (*videri*) pour la reddition de la sentence (II p. 130 n. 4). La législation romaine ne s'occupe pas de la question de savoir de quelle manière le juge est parvenu à se convaincre de la culpabilité de l'accusé : tous les renseignements que nous trouvons à cet égard dans les sources juridiques ne sont pas tant des prescriptions positives que des considérations rationnelles pratiques aussi évidentes en tant que principes qu'elles sont difficiles et complexes dans leur mise en œuvre. Il ne peut pas en être autrement ; car le fondement éthique du droit pénal romain, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer (II p. 74), laisse peu de place aux formes légales de preuve et nos sources ne nous donnent pas de l'application pratique du droit pénal une vue suffisamment étendue. Nous groupons ici le peu qui nous paraît digne d'être mentionné à cet égard.

---

tilien, 7, 4, 18 : *in senatu et apud populum et apud principem et ubicumque juris clementia est habet locum deprecatio* ; de même 5, 13, 5, par rapport à des procès *apud C. Caesarem* (comme ceux contre Ligarius et Dejotarus) *et triumviros*. Cela s'applique notamment au procès comitial également mentionné chez Quintilien : le procès du *confessus*, qui a tué sa sœur par patriotisme, a ici la valeur d'un paradigme et Tite-Live, 2, 35, 5 (analogue : Denys, 7, 60. 62) dit exactement d'une instance postérieure : *precibus plebem exposcentes unum sibi civem... si innocentem absolvere nollent, pro nocente donarent*. On reconnaît expressément que la *deprecatio* ne peut trouver place dans la procédure ordinaire. Quintilien, 7, 4, 17 : *quod genus causae plerique negant in judicium umquam venire*. 5, 4, 5. *Rhet. ad Her.* 1, 14, 24. 2, 17, 25. Cicéron, *De inv.*, 2, 11, 15.

(1) *Dig.*, 48, 19. 5, *pr.* : *nec de suspicionibus debere aliquem damnari Trajanus... rescripsit.*

La négation de l'accusé et le serment purgatoire.

Lorsque l'accusé déclare qu'il n'est pas coupable, il y a seulement lieu de se demander en droit dans quelle mesure la procédure de transaction par voie de *delatio* et de *relatio* de serment, admise en droit civil, peut s'étendre à la procédure pénale et de rechercher notamment si l'accusateur peut proposer à l'accusé le serment purgatoire et faire dépendre de la prestation de ce serment l'abandon de l'accusation. Cette extension n'a pas lieu pour le procès capital, mais elle se produit pour la procédure pénale tendant à une condamnation pécuniaire (1) et il nous suffit à cet égard de renvoyer en principe à la procédure civile. Toutefois la *relatio* du serment purgatoire est exclue comme immorale, lorsqu'il s'agit d'un délit personnel (2). Le refus de prêter serment a dû, au moins dans certains cas, être assimilé à la condamnation, même quant aux conséquences relatives à l'honneur (3). Nos sources ne parlent pas d'un serment purgatoire exigé par la justice (4). (437)

L'aveu de l'accusé.

L'aveu de l'accusé qu'il a commis le délit en question et encouru la peine (5) n'est pas, en principe, juridiquement nécessaire pour la condamnation (6); il n'y a d'exception que

---

(1) Paul, 2, 1, 1, ne parle de la délation de serment que pour les *causae pecuniariae* et c'est à ce point de vue seul qu'il en traite; mais cette institution s'étend aussi au *poenale judicium* (*Dig.*, 12, 2, 3, 1).

(2) *Dig.*, 25, 2, 11, 3. 1. 12. 1. 13. Si l'on voit un demandeur prêter un serment de ce genre dans une action de vol (*Dig.*, 12, 2, 28, 9), il faut supposer qu'il s'agit d'un vol commis par un esclave.

(3) On peut le déduire de *Dig.*, 12, 2, 38. Toutefois il n'est pour ainsi dire pas question de la délation de serment dans la procédure pénale et il y a tout lieu de se demander si le préteur a, en fait, proposé à tout homme irréprochable de prêter un serment de ce genre.

(4) Dans le petit nombre de textes qui mentionnent le serment purgatoire judiciaire (par ex. : *Dig.*, 12, 2, 31), il n'y en a pas un seul qui se rapporte à la procédure pénale.

(5) Le simple aveu du fait, la *confessio facti*, pour employer l'expression de Cicéron, *Pro Mil.*, 6, 15, ne suffit évidemment pas, si l'aveu de la faute ne s'y joint pas ; on peut, en effet, prétendre qu'il y a eu légitime défense, comme cela est le cas dans l'affaire de Milon.

(6) Cicéron, *Or. part.*, 33, 116 : *sequitur ille locus... non esse expectandum*

pour le cas de meurtre d'un proche où la condamnation ne peut-être prononcée que s'il y a aveu (1). Mais ce mode de preuve est bien celui dont le juge compétent tiendra compte en première ligne (2), et bien que les jurisconsultes romains aient reconnu la possibilité d'un aveu contraire à la vérité, notamment lorsqu'il est arraché par la torture (3), cet aveu
(438) entraîne ordinairement à sa suite la condamnation (4) et permet comme celle-ci la détention en vue d'assurer l'exécution de la peine (5). Dans les délits d'opinion, l'aveu rend en principe toute prolongation du débat inutile et il suffit par lui-même pour provoquer le jugement définitif (6). Ici, on accor-

---

dum fateatur ; argumentis convinci posse. On peut même condamner à mort sans qu'il y ait aveu (*Val. Max.*, 8, 4, 2).

(1) Suétone, *Aug.*, 33.

(2) Cicéron, *Pro Lig.*, 1, 2 : *habes... quod est accusatori maxime optandum confitentem reum ;* Constantin, *C. Th.*, 9, 40, 1 = *C. Just.*, 9, 47, 16 : *aut sua confessione aut certe omnium qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti... convictus.* Même lorsque l'aveu est fait par un représentant, — on peut aussi considérer comme tel l'acte de celui qui fait défaut dans une procédure pénale en annonçant par intermédiaire à l'autorité répressive qu'il s'est exilé, forme de défaut dont nous avons un exemple dans la procédure pontificale rapportée par Pline, *Ep.*, 4, 11, 1 — il peut faire preuve complète ; car tout formalisme est ici exclu.

(3) *Dig.*, 48, 18, 1, 17. 23. 27. Val. Max., 8, 4, 1. Cpr., *Rhet. ad Her.*, 2, 7, 10.

(4) Les praticiens énergiques sont vraisemblablement aussi enclins que les déclamateurs d'école à transporter non seulement au délit privé, mais même au droit pénal public, l'assimilation faite en droit privé entre le *confessus* et le *judicatus*. C'est ce que prouve tant l'argumentation de Caton au regard des partisans de Catilina qui ont avoué (Salluste, *Cat.*, 52, 36) que le thème des rhéteurs : *magistratus de confesso sumat supplicium* (Sénèq., *Contr.*, 8, 1 ; Quintilien, *Decl.*, 314).

(5) Cpr. au Liv. V la Sect. de la peine capitale.

(6) Les écrivains chrétiens reprochent à leurs adversaires de prononcer immédiatement la peine dès que le chrétien a avoué, tandis qu'ils ne procèdent pas ainsi d'emblée au regard des autres délinquants. Tertullien, *Apol.*, 2 (de même *Ad nat.*, 1,2), expose que, vis-à-vis des chrétiens, la *confessio nominis* suffit à les faire condamner, *quando, si de aliquo nocente cognoscatis, non statim confesso eo nomen homicidae vel sacrilegi vel incesti vel publici hostis... contenti sitis ad pronuntiandum, nisi et consequentia exigatis, qualitatem facti, numerum locum modum tempus conscios socios... quid de tabella recitatis illum Christianum?* Cela est confirmé par Lactance, *De mort. persec.*, 15 et, en général, par les actes des Martyrs. On peut répondre au point de vue juridique que dans le délit de religion, comme pour tout procès d'opinion, il ne peut pour ainsi dire pas y avoir d'aveu con-

dait sous certaines conditions à celui qui avait avoué, dans la mesure où il pouvait revenir sur son aveu et en faire disparaître les effets, un délai de réflexion de trente jours (1).

Aveu implicite.

Le droit romain assimilait au *confessus* :

1. Celui qui, coupable d'un crime frappé de la peine de mort ou de la déportation (2), était pris en flagrant délit (3) ;

2. Celui qui accusé d'un crime entraînant la mort ou la déportation se suicidait (4) ;

3. Celui qui, au cours d'une accusation capitale, avait tenté (439) de corrompre son accusateur (5).

Appréciation des dépositions faites par des tierces personnes.

Les dépositions de tierces personnes doivent être appréciées aux différents points de vue de la personne des déposants, de la forme de la confirmation, du nombre des déposants et du contenu des dépositions. Toutes ces questions se posent aussi dans la procédure civile, mais elles se présentent plus pressantes dans la procédure criminelle. C'est pour cette raison que les jurisconsultes romains s'occupent de préférence du témoignage à propos du droit criminel (6).

---

traire à la vérité et qu'il faut aussi y tenir moins compte des modalités de l'aveu qu'en cas de violation matérielle d'une loi.

(1) Dans les actes des martyrs scillitains (II p. 79 n. 4), le proconsul leur dit : *numquid ad deliberandum spatium vultis?* et plus loin : *moram XXX dierum habete et recordemini*, ce qu'ils refusent.

(2) *Dig.*, 48, 21, 3, 1. 3.

(3) *Dig.*, 48, 21, 3, *pr.*

(4) Si au début la condamnation a lieu en pareil cas après la mort (Tite-Live, 3, 58, 9. Tacite, *Ann.*, 3, 17. 4, 30), à l'époque postérieure elle paraît superflue (*Dig.*, 24, 1, 32, 7. 48, 21, 3, *pr.* 49, 14, 45, 2. *Cod.*, 3, 26, 2. 9, 6, 5. tit., 50, 1. c. 2). A l'époque impériale, il arriva, semble-t-il, que le sénateur qui voulait attenter à sa vie indiquait devant le Sénat les raisons de cet acte pour écarter la saisie de son patrimoine (Quintilien, 7, 4, 39). Naturellement, on s'est fréquemment abstenu d'appliquer ce traitement rigoureux à celui qui par crainte se suicidait avant la condamnation (Tacite, *Ann.*, 6, 29 : *eorum qui de se statuebant humabantur corpora, manebant testamenta.* Dion, 58, 19 ; cpr. 1 p. 76).

(5) *Dig.*, 48, 21, 2, *pr.*

(6) Paul traite *de testibus et quaestionibus* (tels sont les termes de la ru-

Au point de vue de la personne du témoin, la déposition de l'esclave est considérée en principe comme ayant une valeur moindre que celle de l'homme libre et on ne doit l'interroger qu'autant que sa déposition est indispensable (1). En ce qui concerne les personnes libres, nous avons déjà dit (II p. 77) que les personnes notées d'infamie ne doivent dans aucun cas être admises à déposer publiquement. D'une manière générale il faut tenir compte tant de la position sociale (2) du témoin que de sa situation personnelle vis-à-vis de l'accusé (3). (440) Autant que possible, il ne faut pas procéder à l'audition des témoins sujets à caution (4).

Nous avons déjà exposé dans la Section précédente (II p. 87) qu'au point de vue de la forme le témoignage, pour avoir sa pleine valeur, doit être déposé en justice et que le témoignage extrajudiciaire, d'ailleurs authentiqué, n'est pas repoussé, mais est considéré comme ayant une valeur moindre par suite

---

brique : *Coll.*, 9, 3) au livre V de ses *sententiae* dans la partie générale du droit pénal et bien que les commissaires de Justinien aient rangé le titre du témoignage dans la procédure de la preuve en droit civil (*Dig.*, 22, 5), les différents textes qui composent ce titre sont principalement empruntés aux écrits de droit criminel.

(1) *Dig.*, 22, 5, 7 : *servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.*

(2) Callistrate, *Dig.*, 22, 5, 3, *pr.* : *testium fides diligenter examinanda est ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cujusque, utrum quis decurio an plebeius sit : et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis, an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat.* Charisius, *Dig.*, 22, 5, 21, 3. *Cod.*, 4, 20, 5. Paul, 5, 15, 1 = *Coll.* 9, 3, 1. Les défenseurs des gouverneurs romains dans les procès de concussion développent fréquemment cette idée que les témoignages fournis par les étrangers ont une valeur moindre. Cicéron, *Pro Fonteio*, 20 et suiv. *Pro Flacco*, 4. 27. *Pro Scauro*, 17. *Pro Rab. Post.* 12. Quintilien, 5, 7, 5 : *gentium simul universarum elevata testimonia ab oratoribus scimus.*

(3) Callistrate, *loc. cit.*, continue : *vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat.* Charisius, *loc. cit. Cod.*, 4, 20, 17. Justinien, *Nov.*, 90, spécialement c. 7. Licinius Rufinus, *Dig.*, 22, 5, 6 : *idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant. Dig.*, 22, 5, 24.

(4) Paul, *loc. cit.* A l'époque postérieure à Constantin un tel témoin, lorsqu'il est indispensable, est soumis comme l'esclave à un interrogatoire avec torture (II p. 83 n. 5). Nos sources ne parlent pas de déposition avec exclusion du serment du témoin.

de l'absence de serment et de l'impossibilité où l'on a été de poser des questions au témoin.

Il est aussi évident que la déposition concordante de plusieurs témoins est particulièrement propre à faire la preuve complète qu'il est inadmissible de traiter d'emblée comme suspect le témoignage isolé. Cette dernière règle a cependant été formulée fréquemment par les avocats (1) et elle a été admise dans les constitutions négligemment rédigées de la dernière période (2).

En ce qui concerne le contenu des dépositions, la règle évidente, d'après laquelle on n'en tient compte qu'autant qu'il a de l'importance pour la question de fait, ne doit être commentée ici qu'au point de vue des témoignages d'ouï-dire et des témoignages de moralité. Les premiers sont rejetés parce qu'entendre parler d'un fait ne prouve nullement qu'il a eu lieu (3); toutefois les Romains n'ont pas dû méconnaître en (441)
pratique que ces témoignages n'étaient pas absolument dépourvus d'importance. — Quant aux dépositions qui se rapportent uniquement au caractère de l'accusé, le juge répressif ne peut pas s'en passer; car, au point de vue moral, il a la mission d'éclaircir le plus possible le côté psychologique du crime ; mais il ne peut user que dans des limites équitables des conclusions qui se dégagent de ces dépositions. Nous mentionnons ici ces dépositions à raison de l'abus de la *laudatio*, c'est-à-dire du

---

(1) C'est ainsi qu'on la rencontre chez Sénèque, *Contr.*, 7, 1, 23 : *uni (testi) etiam de minore scelere non creditur.* 7, 5, 1. Quintilien, *Decl.*, 379. Plutarque, *Cat. min.*, 19. Paul *Dig.*, 48, 18, 20.

(2) Constantin, *C. Th.*, 11, 39, 3 = *C. Just.*, 4, 20, 9 : *sanximus, ut unius testimonium nemo judicum in quacumque causa facile patiatur admitti, et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat*, où le mot *facile* (la seconde constitution renouvelant simplement la première au regard des décurions) indique sans doute que cette proposition qui demande à être formulée tant en théorie qu'en pratique n'est pas une prescription obligatoire, mais une simple idée directrice.

(3) Quintilien, 5, 7, 5 : *elevata... ab oratoribus scimus... tota genera testimoniorum, ut de auditionibus ;* il pense ici à Cicéron, *Pro Plancio*, 23, 56. Le scoliaste des Verrines, l. 1, 10, 28 p. 165, remarque tout à fait ingénument : *apud antiquos et de auditione testimonium dicebatur.*

témoignage de moralité en faveur de l'accusé, que la justice romaine de la fin de la République (1) a toléré. Cette pratique eut notamment lieu dans les procès de reddition de comptes des magistrats provinciaux, où la défense ne négligea jamais d'obtenir du plus grand nombre possible de communautés appartenant à la province lésée des délibérations élogieuses en faveur de l'accusé et ordinairement de les faire présenter dans la procédure de la preuve par les délégués de la communauté eux-mêmes (2). En outre, l'usage se répandit de plus en plus que des hommes jouissant d'une large influence politique fussent convoqués parmi les témoins produits par la défense et exprimassent au tribunal, autant que possible oralement, sinon par écrit (II p. 88), leur opinion favorable sur l'accusé (3). Les lois exceptionnelles de Pompée de 702/52 exclurent par une clause spéciale cette catégorie de témoins (4) ; mais on a continué en
(442) général à les admettre (5). Sous le Principat, l'admission de ces témoignages a été ramenée à une juste mesure.

---

(1) Les *laudationes* ont été usitées de tout temps, notamment dans la procédure comitiale qui renferme en elle-même le droit de grâce. Des descriptions, telles que celles de Tite-Live, 3, 12. 6, 20. et Plutarque, *Marc.*, 27, nous en donnent une idée exacte. Mais il y a peu d'analogie entre ces éloges qui appartiennent au domaine de la vie politique et les *laudationes* de l'époque postérieure.

(2) Cicéron, *Verr.*, 5, 22, 57 : *In judiciis qui decem laudatores* (il fait par là allusion aux envoyés des municipes) *dare non potest, honestius est ei dare nullum quam illum quasi legitimum numerum consuetudinis non explere.* Le même, *Verr.*, 1. 2, 5, 13. c. 18, 45. c. 46, 114. 1. 4, 7, 15. c. 8, 17. c. 9, 19. c. 63. c. 64. c. 67, 150. *Pro Fonteio*, 6, 14. 20, 45. *Pro Cluentio*, 69, 195. *Pro Flacco*, c. 26, 61. 63. c. 40, 100. 101. *Pro Caelio*, 2, 5. *Pro Balbo*, 18, 41. *Laudationes* écrites II p. 88 n. 1.

(3) Dans le procès de Scaurus, en 700/54 (II p. 88 n. 5), la défense produit comme témoins de moralité neuf *consulares*, plus le frère de l'accusé : ceux qui sont présents déposent personnellement, les absents le font par écrit. L'opinion que les *laudatores* eux-mêmes se font de ce genre de dépositions nous est exposée d'une façon saisissante par Cicéron, *Ad fam.*, 1, 9, 19, où l'orateur romain prie une fois pour toutes de ne pas lui demander pourquoi il fournit de tels témoignages et promet de son côté de ne pas poser cette question à ses collègues.

(4) Dans le procès de Munatius Plancus, Pompée viola sa propre loi (*Val. Max.*, 6, 2, 5 ; Plutarque, *Cat. min.*, 48. *Pomp.*, 55. Dion, 40, 55) ; il fut par conséquent *suarum legum auctor idem ac subversor* (Tacite, *Ann.*, 3, 28).

(5) Quintilien, 3, 7, 2 : *ipsis etiam reis dare laudatores licet.* Suétone, *Aug* ,

La recevabilité de la preuve par indices (1), c'est-à-dire la possibilité de convaincre le tribunal de l'existence du délit, bien qu'il n'y ait ni aveu ni déposition de témoins oculaires, n'a jamais été reconnue théoriquement en droit romain ; mais elle est attestée tant par l'ensemble de ce droit que par une pratique indubitable ; aussi ne nous paraît-il pas nécessaire d'apporter ici des preuves en ce sens.

Délibération avant la reddition de la sentence.

Après la clôture du débat contradictoire sur le jugement à rendre, vient la « délibération » (*consilium*). L'acte par lequel dans la procédure du jury on amène les jurés à délibérer s'appelle « envoyer à la délibération » (*in consilium mittere*) (2), le fait d'entreprendre cette délibération s'appelle « aller à la délibération » (*in consilium ire*) (3). Un débat de ce genre, préalable au jugement, a également lieu en fait dans les cas où un seul juge statue, donc dans la procédure criminelle relevant des magistrats et devant l'*unus judex* de la procédure civile. Il est en effet impossible que les conseillers, régulièrement appelés dans un cas comme dans l'autre, n'aient pas été consultés par le juge unique et n'aient pas exprimé une opinion quelconque, bien que, vraisemblablement par respect pour le principe de la publicité des débats judiciaires, il ne soit pour ainsi dire jamais question d'organisations spécia-

---

56 : *sedit in subselliis* (dans l'accusation de Nonius Asprenas pour cause de meurtre par empoisonnement) *per aliquot horas, verum tacitus et ne laudatione quidem judiciali data.* 11, 3, 126 : *propter immodicas laudationum moras.* c. 3, 131.

(1) *Indicium* désigne dans son acception technique la dénonciation ; le mot est également employé dans le sens qui nous est familier, mais le langage technique emploie plus fréquemment dans ce dernier sens *argumentum* ou *signum* (*Rhet. ad Her.*, 2, 6, 7. c. 7, 11. Quintilien, 5, 9, 1 sv.).

(2) Asconius, *In Scaur.*, p. 30, emploie la formule au regard du président. Lorsqu'on l'applique aux parties (Cicéron, *In Verr.*, l. 1, 9, 26; *Pro Cluentio*, 30, 83 ; Caelius, *ad fam.*, 8, 8, 2), on pense à leur intervention indirecte pour amener la clôture du débat.

(3) *Lex Acilia repetundarum*, l. 44. 46. 71 : *verba audeire, in consilium eire, judicare.* C. Titius dans le discours pour la loi Fannia chez Macrobe, *Sat.*, 3, 16, 16. Cicéron, *Pro Quinctio*, 10, 34. *Pro Cluentio*, 20, 55 c. 27. 30, 83. Pline, *H. n.*, 29, 1, 19.

les pour cette délibération et que notamment on ne mentionne presque jamais que les personnes appelées à émettre une opi-
(443) nion se soient retirées pour délibérer en secret (1). — Au contraire, lorsque la sentence doit être rendue par un collège et lorsque par conséquent le président ne dispose pas de la décision ou n'en dispose, s'il a le droit de voter, que comme tout autre juge, il n'y a pas de délibération au sens propre du mot. Une consultation réciproque sur le jugement à rendre est en soi possible et elle a peut-être eu lieu dans les procès portés devant des récupérateurs (2). Mais elle est même exclue dans le jury présidé par un magistrat et si ce jury porte le nom de *consilium*, il n'y a là qu'une réminiscence de l'action privée avec son juge unique et ses assesseurs consultants de laquelle ce jury est issu. La crainte qu'un des membres du jury exerce une influence préjudiciable à l'indépendance de cette institution a conduit à réprimer peut-être par une loi, certainement en pratique, ces délibérations en commun et à faire suivre la clôture du débat contradictoire d'une invitation immédiate à procéder au vote, invitation qu'on appelle « envoi à la délibération » (3).

---

(1) Dans le tableau vivant que Titius, *loc. cit.*, nous donne de l'*unus judex* remplissant ses fonctions à contre cœur, il est dit après la fin du débat : *eunt in consilium*; *ibi haec oratio* : *quid mihi negotii est cum istis nugatoribus potius quam* (*quin potius* Madvig) *potamus mulsum mixtum vino Graeco? Ibi* ne peut désigner ici que l'endroit où le juré arrête la sentence avec ses conseillers. Dans une affaire d'hérédité portée en 166 devant l'empereur Marc-Aurèle (*Dig.*, 28, 4, 3), celui-ci se prononce d'abord sur la question d'institution d'hérédité ; puis, comme la question de validité des legs est soulevée, il entend les parties, et leur ordonne de se retirer (*remotis omnibus*) ; il les fait rappeler après la délibération (*cum deliberasset*) pour qu'elles entendent prononcer la seconde décision. C'est à des débats de ce genre que fait allusion la formule *cum consilio conlocutus* (II p. 131 n. 3).

(2) L'idée d'une sentence judiciaire obtenue par voie de majorité est contraire à la conception monarchique du procès romain. La première institution qui se soit écartée de ce principe, le procès des récupérateurs, nous est si peu connue que nous ne savons pas, si les récupérateurs pouvaient, avant le vote, délibérer sur la sentence à rendre.

(3) Les exposés très détaillés des procès d'Oppianicus (Cicéron, *Pro Cluentio, loc. cit.*) et de Milon nous montrent que le vote suit immédiatement la clôture du débat; *consurgitur in consilium* (*Pro Cluentio*, 27, 75) si-

(444)

Reddition de la sentence.

Nous avons déjà parlé dans le Livre précédent de la composition du tribunal. Lorsque celui-ci est organisé en collège (I p. 247), il est vraisemblable qu'on exige en général la présence d'un minimum de jurés (1); des absents peuvent, si la chose est faisable et si le magistrat y consent, être appelés par un ordre du magistrat (2). Nous avons déjà exposé (II p. 102 sv.) que beaucoup de lois prescrivent de voter d'abord sur le point de savoir si l'affaire est en état d'être jugée ou si un nouveau débat est nécessaire. En cas de prescription de ce genre, si la majorité se déclare suffisamment éclairée, les jurés qui se prononcent en sens contraire doivent se retirer (3).

Vote oral et vote écrit dans la procédure du jury.

Le vote peut avoir lieu oralement, auquel cas l'ordre du scrutin est déterminé par tirage au sort (4), ou par tablettes et ici l'ordre de vote est indifférent. La *lex Calpurnia repetundarum* donnait peut-être déjà à l'accusé le choix entre ces deux formes de vote, la loi de Sylla le leur accordait certainement (5). D'après la *lex Acilia repetundarum* et de même d'après la *lex Aurelia,* c'est-à-dire en somme pour les jurys de chevaliers, le vote secret était obligatoire (6) et cha-

---

gnifie que les jurés se lèvent pour porter leur tablette de vote dans l'urne. Ailleurs, on ne trouve pas non plus d'allusion à des délibérations de collèges de jurés. Enfin, une délibération de ce genre est difficilement conciliable avec la publicité de la procédure et il n'y a pas de local convenable pour un tel acte.

(1) Cicéron, *Ad. Q. frat.*, 2, 16, 2 : *Domitius judices* (dans un procès pour cause de violence) *ad numerum non habuit.*

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 27, 74. *De l. agr.*, 2, 13, 34: (*Xviri*) *e consiliis abducant quos velint.* C'est à cela que se rapporte vraisemblablement la *lex repetundarum*, l. 50.

(3) *Lex repetundarum*, l. 49 : [*praetor... uti eis judice*]*s quei judicare negarint, semovant*[*ur facito*].

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 28, 75.

(5) C'est ce que décidait la *lex Cornelia* sur le meurtre (Cicéron, *Pro Cluentio*, 20, 55. 27, 75). Dans le procès de *repetundae* contre Verrès, le vote doit avoir lieu *per tabellam* (Cicéron, *Divin.*, 7, 24. *Verr.*, 4, 47, 104); toutefois ce passage s'explique peut-être en ce sens que la décision de l'accusé ne pouvait ici faire de doute.

(6) Il est prescrit par la *lex Acilia repetundarum.* Dans les procès qui sont intentés d'après la loi Aurelia, il est du moins le seul mentionné et l'est très fréquemment (Cicéron, *Pro Flacco*, 39, 99. *Pro Rab. Post.*, 5, 11. 12. Appien, *B. c.*, 4, 27).

que juré devait s'engager par serment à ne rien divulguer ni de son propre vote, ni du vote de ses collègues (1). Sous le Principat, ces règles furent maintenues pendant toute la durée de ces jurys, avec cette seule différence que, sous Auguste, le vote secret était interdit, lorsque la sentence devait être
(445) rendue contre un contumace (2). Pour assurer le secret du vote (3), on se servit d'une urne (4). On a même, en tenant compte de la division des jurés par classes prescrite par la loi Aurelia sur la procédure (I p. 244), installé une urne spéciale pour chacune des trois classes, afin de permettre notamment de contrôler l'attitude des sénateurs dans les différents procès. Cela n'a eu lieu tout d'abord, semble-t-il, qu'en vertu d'une décision arbitraire du président (5) et depuis 695/59 à raison d'une prescription légale (6). L'urne est posée sur le tribunal (7). En outre, on répartit entre les jurés des tablettes de vote enduites de cire qui portent d'un côté la lettre *a*(*bsolvo*) et de l'autre la lettre *c*(*ondemno*) (8) et on leur enjoint d'effacer

---

(1) *Lex Acilia repetundarum*, l, 44. Asconius, *In Mil.*, 53. 54.

(2) Dion, 54, 3 (I p. 392 n. 1). Dans les procès politiques où la procédure d'*eremodicium* est particulièrement fréquente, l'acquittement était un acte d'opposition.

(3) Nous prenons ici pour base la *lex repetundarum* l. 50-54, avec laquelle concordent en substance les autres témoignages. Mais il a dû y avoir des divergences de détail.

(4) *Sitella* dans la *lex repetundarum*, ordinairement *urna* (Cicéron, *In Vat.*, 14, 34 et ailleurs).

(5) D'après Asconius, *In or. in tog. cand.*, p. 90, Catilina fut en 689/65 acquitté dans un procès de *repetundae* de la façon suivante, *ut eum senatorum urna damnaret, equitum et tribunorum absolveret.*

(6) D'après Dion, 38, 8, on décida en 695/59, sur la proposition du préteur Q. Fufius Calenus, que les jurés dans la suite ne voteraient plus tous en commun (ἀναμίξ), mais qu'il y aurait désormais un scrutin pour chaque classe de jurés. L'indication du scoliaste sur le discours *Pro Flacco*, p. 235, d'après laquelle cette loi concernait la *rejectio* des *judices*, peut être exacte ; elle est toutefois conciliable avec l'information de Dion. Dans tous les récits appartenant aux derniers temps de la République, on voit fonctionner le vote séparé.

(7) Cicéron, *In Vat.*, 14, 34.

(8) *Lex repetundarum*, l. 51 : *sorticolam* (ainsi ou *sors* d'après la loi, plus tard *tabella*) *unam buxeam longam digitos IIII, latam...* [*in qua sorticola ex altera parti littera A scripta siet, ex alte*]*ra parti C.* Cicéron, *Div. in Caec.*, 7, 24 : *ceratam unicuique tabellam dari.* Peut-être a-t-on eu égard dans

l'une de ces lettres et de jeter la tablette dans l'urne en cachant la lettre qui reste (1).

Compte des voix.

Lorsque le vote est terminé, les tablettes sont lues à haute voix par un juré désigné par le sort. Ce juré doit montrer à son voisin toute tablette qu'il vient de lire. Les tablettes nulles sont annoncées par les mots « sans suffrage » (2). Lorsque cette lecture des tablettes est achevée, le président procède (446) au compte des voix valables (3). Pour qu'il y ait condamnation, il faut que la majorité des voix exprimées se soit prononcée en ce sens; nulle part, il n'est question qu'on ait exigé la majorité absolue des jurés convoqués ou un nombre de voix supérieur à la simple majorité. A égalité de voix, la majorité n'étant pas atteinte, on prononçait l'acquittement (4). Sous le Principat, l'empereur reçut le pouvoir extraordinaire de donner quand il le voulait dans tout *judicium publicum* une voix d'absolution et d'influer ainsi sur le résultat final du vote (5).

Contenu du jugement des jurés.

Au point de vue du fond, la reddition de la sentence se restreint, dans la procédure du jury comme dans la procédure civile, à une réponse affirmative ou négative sur la question de savoir si l'accusé a commis ou non le délit nommé dans la loi sur laquelle se fonde le procès (6). La tâche du

---

l'organisation de cette procédure aux jurés illettrés. Il ne semble pas qu'on soit tenu d'écrire.

(1) *Lex repetundarum*, l. 52 : *litteram digiteis opertam.*

(2) *Lex repetundarum*, l. 53. 54. La formule pour la tablette de vote non écrite (ou pour celle qui est écrite des deux côtés) est *seine sufragio.*

(3) Cela s'appelle *diribere* (de *dis-habere*, cpr. *exhibere*) *tabellas* (Cicéron, *In Pis.*, 40, 96; *Ad Q. fr.*, 3, 4, 1) comme dans le vote secret du peuple (*St. R.*, 3, 407 [*Dr. publ.*, 6, 1, 468]).

(4) La *lex Julia repetundarum* disant : *quod eorum judicum maior pars judicarit, id jus ratumque esto*, le président se demande s'il peut acquitter en cas d'égalité de voix; il se décide finalement pour l'acquittement malgré la rédaction défectueuse de la loi (Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 3).

(5) Dion, 51, 49. *St. R.*, 2, 958 [*Dr. publ.*, 5, 246]. Les textes ne nous indiquent aucune application de ce droit.

(6) Le droit pénal ne connaît pas d'autre question de fait que celle relative à la culpabilité de l'accusé et à laquelle se lie la condamnation en cas de réponse affirmative. La question de *status* qui forme l'objet d'un *praejudicium* du droit civil (*Dig.*, 2, 4, 8, 1) peut aussi être tranchée par un

jury est ainsi terminée, car les conséquences juridiques de la sentence doivent être tirées uniquement de la loi, ainsi que cela eut lieu pour la peine de mort, pour toutes les peines privatives de liberté, pour la confiscation du patrimoine ou d'une quote-part du patrimoine et d'une manière générale pour toutes les peines. La gradation et la modification des peines, telles qu'elles s'appliquèrent jusqu'à l'excès dans la procédure pénale tribunicienne de l'ancienne période, ne purent fonctionner dans les *judicia publica* issus du système rigoureux du droit privé. Toutefois, lorsque la réponse affirmative du jury sur la question de culpabilité n'a fait qu'établir l'obligation d'indemnité d'une manière générale, comme cela a lieu dans les affaires de *repetundae* et de péculat, les jurés doivent dans une seconde procédure faire l'estimation du litige (*litis* ou *litium aestimatio*), c'est-à-dire qu'ils doivent déterminer la somme due à
(447) titre d'indemnité pour le ou les délits qui ont été reconnus existants dans la première procédure (1). La première sentence est regardée comme une condamnation (2).

Le jugement dans la procédure pénale relevant du magistrat.

Après la disparition du jury, la reddition de la sentence dans la procédure d'accusation émane du magistrat seul, ainsi qu'il en a toujours été dans la procédure de *cognitio*.

---

jury présidé par un magistrat, comme cela a lieu pour le droit de cité d'après la loi Papia (I p. 236); mais ce procès n'appartient pas au droit pénal.

(1) Sur la *litium aestimatio*, il faut comparer le Livre suivant. Elle se rattache au double jugement de l'action privée délictuelle, notamment de l'action de vol, où la question de fait est tout d'abord tranchée et où la valeur pécuniaire de l'objet est ensuite fixée. Il faut admettre aussi pour le *judicium publicum* que le second débat n'a pas lieu, si, après la solution de la question de fait, le demandeur reçoit satisfaction par une voie extrajudiciaire; mais l'acquittement que la procédure civile prescrit dans ce cas n'a pas lieu dans la procédure des *quaestiones*, parce que celle-ci ne connaît pas de formule proprement dite et parce que la réponse affirmative sur la question de fait est déjà considérée comme une condamnation. Il en résulte que les autres conséquences juridiques, notamment la diminution des droits civiques, ne peuvent pas être écartées ici en donnant les satisfactions pécuniaires réclamées.

(2) Les tablettes de vote avec C et les termes déjà usités par la *lex repetundarum* prouvent que, même au point de vue de la terminologie, la première sentence des jurés elle-même est considérée comme une *condemnatio*.

Lorsque le jugement a besoin d'être confirmé, ce qui arrive fréquemment à l'époque impériale (I p. 325), il faut attendre cette confirmation; la possibilité de l'appel n'exerce aucune influence sur la reddition de la sentence elle-même. La condamnation par le magistrat est soumise à un certain formalisme tant dans la procédure d'accusation que dans la *cognitio* et elle est dans ces procédures, par ailleurs non formelles, la seule partie qui fasse l'objet d'une réglementation légale. Celle-ci consiste principalement dans les presciptions suivantes : abstraction faite des affaires de peu d'importance (1), le jugement doit être rendu du haut du tribunal; en outre, le jugement doit à l'époque républicaine être prononcé oralement (2); à l'époque impériale, le jugement doit d'abord être rédigé par écrit (3), puis lu à haute voix par le magistrat lui-même (4). A (448) cette époque, on considère comme nul le jugement qui est simplement prononcé sans être écrit (5) et le jugement qui est

(1) Le magistrat peut expédier *de plano* les affaires peu importantes : *Dig.*, 1, 16, 9, 3. 48, 2, 6. *Nov.*, 17, 3.

(2) *Lex repetundarum*, l. 40. Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 3 où la rédaction du procès verbal suit la *pronuntiatio*.

(3) On rencontre maintes fois la *pronuntiatio* ou la *recitatio* de la *sententia* d'après la rédaction, le *periculum* : Cicéron, *Verr.*, 3, 79, 183; Vita Marci, 11; titre du *C. Th.*, 4, 17 = *C. Just.*, 7, 44 : *de sententiis ex periculo recitandis*; *de periculo* dans les *Notae Magnonis* (*Gramm. Lat.*, 4, 291) — ou d'après la *tabella* : Suétone, *Claud.*, 15 : *ita ex tabella pronuntiasse creditur*; Apulée, *Flor.*, 1, 9 : *proconsul... plerumque de tabella legit*; Actes des Martyrs scillitains de 180 (II p. 79 n. 4) à la fin de l'audience : *Saturninus decretum ex tabella recitavit*; Tertullien, *Apol.*, 2 : *de tabella recitatis illum Christianum*; Actes de Cyprien de 258 (*Opp.*, ed. Hartel, I, p. CXII : *Galerius Maximus collocutus cum consilio* (non pas *concilio*) *sententiam... dixit* (suivent les motifs) *et his dictis decretum ex tabella recitavit*; de même fréquemment dans d'autres actes moins dignes de foi relatant des procès de chrétiens; en grec dans les Actes de Pionius de 250, c. 20 : ἀπὸ πινακίδος ἀνεγνώσθη Ρωμαιστί — ou d'après le *libellus* : *d(e) l(ibello)* dans les *Notae Magnonis* déjà citées, p. 292; *Cod.*, 7, 44, 2, *pr.* — ou d'après la *tilia* : *C. I. L.*, II, 4125. On trouve encore la lecture du jugement chez Agathias, 4, 11 et ailleurs.

(4) Dans la dernière période, on permet au magistrat de la première classe de faire lire le jugement par un subalterne (*Cod.*, 7, 44, 2, 1); d'après Cassiodore (*Var.*, 6, 3, 3), le *praefectus praetorio* peut prononcer le jugement sans le lire.

(5) *Cod.*, 7, 44, c. 2. *C. Th*, 4, 17, 1 (= *C. Just.*, 7, 44, 3). 4. Par conséquent la rédaction de la sentence est mentionnée dans le procès verbal.

simplement écrit sans être lu à haute voix (1); le but de cette prescription est d'empêcher que la sentence soit modifiée après coup. La reddition du jugement donne encore lieu aux remarques suivantes :

1. Le jugement apparaît parfois comme une déclaration du magistrat, laquelle est ordinairement adressée au défendeur (2); il est parfois conçu dans une forme impersonnelle (3). La première forme a dû être usitée dans le débat antérieur à la lecture du jugement écrit, la seconde est celle du jugement écrit.

2. Le jugement a dû habituellement indiquer tant le délit commis que la peine encourue. Pour reconnaître l'existence du délit, on s'est servi, au moins à l'époque ancienne, d'une formule en rapport avec la nature des preuves d'ordre historique et par laquelle on exprime que l'accusé « paraît » avoir commis le délit qui lui est reproché (4). Quant aux motifs de

(449)

---

(1) *Cod.*, 7, 44, 1. 2. C'est pour cela que la lecture est également mentionnée dans le procès verbal.

(2) Déjà à l'époque républicaine, le juge répressif rend sa sentence au point de vue du recouvrement des sommes réclamées par le demandeur en employant les mots *redigam* ou *non redigam* (Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 13, 37; Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 3). A l'époque postérieure, la condamnation pour cause de *calumnia* est rédigée dans la forme *calumniatus es* (*Dig.*, 48, 16, 1, 4, quant au demandeur il est repoussé simplement par la formule *non probasti*) et dans une forme semblable, *Dig* , 3, 2, 20, (à laquelle se rattacheront les *edictiones* des *praecones* : *Dig.*, 12, 2, 13, 6. *Cod.*, 2, 11, 16; cpr. aussi *Dig.*, 42, 1, 59, 1).

(3) *L. Titius temere accusasse videtur* : *Dig.*, 48, 16, 1, 5. Dans les Actes des martyrs scillitains de 180 (II p. 79 n. 4) le proconsul lit le jugement : *Speratum* (suivent les autres noms) *ritu Christiano vivere confessos quoniam oblata sibi facultate ad bonorum morem redeundi obstinanter perseveraverunt, gladio animadverti placet* et fait alors proclamer par le héraut : *Speratum... duci jussi.* Dans le procès de Pionius de 250, le jugement est ainsi conçu : Πιόνιον ἑαυτὸν ὁμολογήσαντα εἶναι Χριστιανὸν ζῶντα καῆναι προσετάξαμεν. Dans le procès de Cyprien de 258, le gouverneur lui reproche ses méfaits et lit alors le jugement : *Thascium Cyprianum gladio animadverti placet.*

(4) Cicéron, *Acad. pr.*, 2, 47, 146 : *quae jurati judices cognovissent, ut ea non esse facta, sed ut videri pronuntiarentur. Verr.*, 1. 2, 38, 93 : *pronuntiat Sthenium litteras publicas corrupisse videri.* 5, 6, 14. *In Pis.*, 40, 97. *Ad Att.*, 4, 17, 5. *Dig.*, 3, 2, 20. 48, 16, 1, 5. Cela s'applique aussi à l'action privée : Pline, *H. n.*, 14, 13, 90. *Dig.*, 40, 12, 27, 1. — Il n'est pas suffisamment établi que le juge ajoute à la sentence la formule *ex animi sententia* (Quintilien, *Decl.*, 313).

la décision, nécessairement écartés dans la procédure du jury, ils peuvent être mentionnés dans la sentence du magistrat, mais cela n'est pas nécessaire (1).

3. Sauf pendant les derniers temps de l'empire romain, il a été de règle que la sentence devait être rendue en latin (2).

4. Lorsque la sentence, comme cela est de règle, est rendue après délibération avec le *consilium*, ce fait est mentionné dans le jugement (3).

5. Aucune prescription légale n'impose au magistrat l'obligation d'écrire le jugement de sa propre main, mais il semble l'avoir fait habituellement (4).

Quant à l'enregistrement du jugement, nous en traiterons dans la dernière Section du présent Livre.

La condamnation met fin au procès tant dans la procédure relevant exclusivement du magistrat que dans celle des magistrats et des comices et dans celle de la *cognitio*. La faculté de reprendre la même accusation pour provoquer une modification de peine découle peut-être, dans la procédure relevant exclusivement du magistrat, de la nature même de l'action publique. En effet, la notion de chose jugée, qui appartient au droit privé, ne peut pas être appliquée aux rapports de la communauté avec les particuliers. Il est toutefois indubitable que ce renouvellement de procès a été regardé de tout temps comme inadmissible.

Acquittement.

Le vote des comices annulant une condamnation pénale a force de loi et est juridiquement inattaquable. — Au con-

---

(1) Cpr. en dehors des textes cités II p. 130 n. 3 *Dig.*, 48, 19, 40. 49, 8, 1, 1. 2.

(2) La nécessité de rédiger le jugement en latin est signalée dans les Actes de Pionius de 250 qui appartiennent à l'Asie Mineure (II p. 129 n. 3) et elle est encore relevée chez Lydus, *De mag.*, 3, 11. Nous ne savons pas comment il faut entendre le terme *praetores* dans Tryphoninus (sous Septime Sévère) *Dig.*, 42, 1, 48 : *decreta a praetoribus Latine interponi debent.* Honorius — ou Justinien — dit *Cod.*, 7, 45, 12 : *judices tam Latina quam Graeca lingua sententias proferre possunt.*

(3) I p. 172 n. 3. La formule *cum consilio collocutus* se trouve dans la sentence contre Cyprien (II p. 129 n. 3).

(4) Augustin, *Sermo* 47, *de ovibus*, 3, 4 (vol. 5, p. 249, Maur.) : *ultimam sententiam... dicturus est judex in tabella scripturus manu sua.*

(450) traire, dans la *cognitio* l'acquittement a uniquement lieu, sous la République (1) comme sous l'Empire (2), par le renvoi de l'accusé. Elle n'est par suite qu'un abandon de la procédure et, de même qu'il n'y a aucune formule prescrite pour l'acquittement, il n'y a ici aucun acte formel qui écarte définitivement toute reprise de la procédure. Toutefois l'équité s'opposera ici fréquemment, sinon toujours, au renouvellement du procès. — L'irrévocabilité formelle du jugement, inconnue du vieux droit pénal, est au contraire impliquée par l'essence même du jury et s'est par suite rencontrée de tout temps dans la procédure civile. Elle a passé en même temps que l'institution du jury dans la procédure des *quaestiones*. La réception de la règle, d'après laquelle la sentence a force de chose jugée, est l'un des principaux avantages de la procédure pénale publique récente sur l'ancienne. Dans la *lex repetundarum* qui nous est parvenue et vraisemblablement dans toutes les lois spéciales analogues, il est dit expressément que toute sentence quelle qu'elle soit met une fois pour toutes fin au procès et que quiconque a sur le fondement d'une de ces lois fait l'objet d'un jugement définitif ne peut plus, à raison du même fait, être de nouveau cité devant la même *quaestio* (3). Le principe de l'irrévocabilité de la sentence a été rigoureusement respecté sous la République comme sous le Principat (4). Il est encore reconnu à cette der-

L'irrévocabilité du jugement dans la procédure d'accusation.

---

(1) *Nihil te moror.* : Tite-Live, 4, 42, 8 (= Val. Max., 6, 5, 2). 8, 35, 8. Cette formule est employée dans l'action pénale proprement dite, lorsque l'accusateur laisse tomber celle-ci : Tite-Live, 43, 16, 16.

(2) Habituellement *dimittere* : Pline, *Ad Traj.*, 93, 5. Tertullien, *Ad Scap.*, 4. Modestin, *Dig.*, 48, 1, 12, 1. Jean l'évangéliste, 19, 10. 12.

(3) *Lex repetundarum*, l. 56 : [*quei ex h. l. condemnatus*] *aut apsolutus erit, quom eo h. l., nisei quod post ea fecerit aut nisei quod praevaricationis caussa factum erit au*[*t nisei de leitibus*] *aestumandis aut nisei de sanctione* (cpr. Livre 4, Section 11) *hojusce legis, actio nei es*[*to*]. Cette règle est étendue, l. 74 = 81, aux procès jugés suivant les lois de *repetundae* plus anciennes.

(4) Sénèque, *Contr.*, 7, 8 [23], 7 : *judex quam tulit de reo tabellam revocare non potest, quaesitor non mutabit pronuntiationem suam.* Apulée, *Flor.*, 1, 5 : *proconsulis tabella sententia est, quae semel lecta neque augeri littera una neque autem minui potest, sed utcumque recitata est, ita provinciae instrumento refertur.* Paul, *Dig.*, 42, 1, 45, 1 : *de amplianda vel minuenda poena damnato-*

nière époque, même si l'on établit que la sentence repose sur des présomptions erronées (1) ou qu'elle a été rendue en violation de dispositions légales (2). Quant aux cas exceptionnels dans lesquels un jugement est cassé soit par justice, parce qu'il a été obtenu par ruse ou par force, soit par la loi au moyen de *l'in integrum restitutio,* nous en traiterons dans la Section IX. Ces cas n'empêchent pas de dire que le principe de l'irrévocabilité du jugement équitable ou non, fondement de tout état constitutionnel, s'est, à partir du jour où il a été introduit dans le droit pénal romain, maintenu aussi longtemps que l'État romain lui-même. (451)

La théorie de l'exécution du jugement sera exposée dans le Livre V à propos des peines.

---

rum post sententiam dictam sine principali auctoritate nihil est statuendum. Dig., 1, 1, 10. 42, 1, 55. 48, 19, 27, *pr. Cod.*, 7, 44, 2. tit. 50, 1. 9, 47, 15.

(1) *Dig.*, 48, 18, 1, 27.

(2) *Dig.*, 48, 19, 9, 11. A vrai dire le jugement ne doit pas être tellement défectueux qu'on ne puisse plus le considérer comme un jugement.

SECTION VIII

OBSTACLES A L'EXERCICE DE L'ACTION PÉNALE ET A L'EXÉCUTION DE LA PEINE

La marche de l'action pénale et de l'exécution de la peine que nous avons décrite dans les Sections précédentes peut être entravée ou troublée de maintes façons. Il nous paraît convenable de réunir ici, malgré leur grande diversité, ces obstacles au cours normal de la procédure dans la mesure où nous ne pouvions pas les faire rentrer dans l'exposé précédent et où ils réclament un examen spécial. Ces obstacles sont les suivants :

1. Extinction de l'action pénale au cours du procès (*abolitio*).
2. Exemption personnelle de la poursuite pénale.
3. Le droit d'asile.
4. L'intercession et l'*appellatio* de l'époque républicaine.
5. L'*appellatio* de l'époque impériale.
6. La grâce avec suspension de l'autorité de chose jugée de la condamnation pénale ou la *provocatio* aux comices.
7. La provocation militaire.
8. La *restitutio in integrum*.
9. La prescription de l'action pénale et du délit.

1. Extinction de l'Action pénale au cours du procès (*Abolitio*).

La procédure pénale judiciairement engagée peut devenir

caduque (1) par la mort ou par la sortie de charge du représentant de la communauté, par l'abandon de la poursuite de la part de ce représentant, ou par une suppression légale de la procédure. (433)

Disparition du juge répressif ou de l'accusateur.

1. La procédure pénale relevant du magistrat est liée à la charge de ce magistrat et l'accusation à la durée du mandat personnel donné par la communauté à l'accusateur. La première de ces procédures devient caduque, si le juge répressif meurt (2) ou sort de charge au cours du procès ; l'accusation tombe, si l'accusateur meurt pendant l'instance ; dans ce dernier cas, le nom de l'accusé est rayé d'office de la liste des accusations (*abolitio ex lege*) (3). Des clauses spéciales, vraisemblablement introduites dans toutes les lois spéciales relatives à la procédure d'accusation, ont décidé qu'en cas de mort ou de sortie de charge du préteur, devant lequel l'accusation avait été portée, celle-ci passerait à son successeur et que le *consilium* serait aussi maintenu sans changement (I p. 240) — Rien ne s'oppose d'ailleurs à la reprise du procès qui a été ainsi interrompu, puisque l'accusation n'a pas abouti à un acquittement (4).

---

(1) La caducité d'une accusation déjà formée s'appelle dans le langage technique *abolitio*, terme signifiant que le nom de l'accusé est effacé de la liste des accusations sans que le procès ait été conduit jusqu'à son terme. La cause de la radiation n'a aucune importance au point de vue de la terminologie ; on désigne même ainsi la radiation d'une accusation qui n'avait pas été valablement formée (*Dig.*, 48, 2, 3, 1 ; tit. 5, 36 ; *Cod.*, 9, 42, 2, 2). Dans la théorie du droit pénal, la notion a la portée restreinte que nous indiquons au texte.

(2) C'est à cette règle que se rattache le récit du meurtre du tribun de la plèbe Cn. Genucius en 281/473. Tite-Live, 2, 54. Denys, 9, 38.

(3) Papinien, *Dig.*, 48, 16, 10, *pr.* : *fit ex lege abolitio accusatore mortuo vel ex justa causa impedito, quo minus accusare possit.* Paul, *Dig.*, 48, 2, 3, 4 : *si accusator decesserit aliave quae causa ei impedierit, quominus accusare possit, et si quid simile, nomen rei aboletur postulante reo : idque et lege Julia de vi et senatus consulto cautum est.* L'empêchement *ex justa causa* est difficilement celui qui est requis pour justifier l'*abolitio privata* (cpr. la Sect. IX du présent Liv.), il est peut-être l'appel sous les armes ou un autre empêchement analogue dont le tribunal doit tenir compte d'office. — L'héritier de l'accusateur mort au cours du procès n'est pas obligé de continuer l'accusation (*Dig.*, 48, 2, 19, *pr.*).

(4) Papinien, *Dig.*, 48, 1, 13, *pr.* : *accusatore defuncto reus* (ms. *res*) *ab*

Abandon de l'action pénale.

2. Lorsque des prescriptions spéciales ne s'y opposent pas, le magistrat intéressé peut, soit dans les procédures de la République relevant exclusivement du magistrat ou relevant des magistrats et des comices, soit dans la procédure de *cognitio* (454) de l'époque impériale, laisser tomber le procès à tout moment (1). — Par contre, il en est de la procédure d'accusation comme de l'action privée, le tribunal devant lequel elle est portée ne peut ni la rejeter, ni l'arrêter. Mais, d'après le droit ancien, l'accusateur qui est libre de s'abstenir de l'accusation (II p. 9) a aussi le droit, comme le magistrat dans la vieille procédure pénale, d'abandonner l'accusation à tout moment (2), sans encourir pour cet abandon une responsabilité spéciale. Toutefois, ainsi que nous l'exposerons à propos des peines qui frappent l'accusateur, cette règle a été modifiée par le sénatus-consulte Turpillien de l'an 61 ap. J.-C. Désormais l'accusateur qui veut se retirer doit justifier son désistement devant le tribunal et l'accusé lui-même est entendu au cours de cette procédure. Suivant les circonstances, on accorde à l'accusateur la radiation de l'accusation, c'est l'*abolitio privata*,

---

alio, judicante praeside provinciae, peragi potest. Paul après les paroles citées n. 3 : *ita ut liceat alii ex integro repetere reum. Sed intra quod tempus, videamus; et utique triginta dies utiles observandi sunt.* Peut-être ce texte est-il inexactement abrégé et le renouvellement de l'action *ex integro* est-il possible d'une manière illimitée, tandis que la succession dans l'action engagée à la manière de la *translatio* du droit civil n'est possible que dans le délai d'un mois.

(1) II p. 3. Cette règle s'applique à toutes les *cognitiones* devant l'empereur ou le Sénat, bien que la forme de l'accusation soit usitée dans cette dernière procédure (Tacite, *Ann.*, 4, 29 : *hi quidem statim* (*reis*) *exempti*). La question de savoir dans quelle mesure ce droit appartient ou non aux autres autorités de l'époque impériale dépend pour partie de celle de savoir si leurs procès sont considérés comme *cognitiones* extraordinaires ou comme accusations ordinaires, pour partie des modalités du mandat impérial ; les pouvoirs du préfet de la ville ont certainement été plus étendus à cet égard que ceux du gouverneur de province. Les sources ne permettent pas de fixer de limites précises en cette matière.

(2) Les exemples sont nombreux : Asconius, *In Cornel.*, p. 63. Appien, *B. c.* 2, 24. Plutarque, *Sull.*, 5. *Pomp.*, 55. Suétone, *Aug.*, 56. Tacite, *Ann.*, 6, 30. *Hist.*, 4, 6. Pline, *Ep.*, 7, 6. Cela s'appelle *causa desistere* : Cicéron, *De off.*, 3, 31, 112 (même récit, Tite-Live, 7, 5 ; Val. Max. 5, 8, 3 ; Sénèque, *De benef.*, 3, 37 ; l'ouvrage *De viris ill.*, 28) ou *accusatione desistere* : *Dig.*, 48, 5, 12, 3 ; ou même d'ordinaire, simplement *desistere*.

ou on le punit pour cause d'abandon injustifié de l'accusation, auquel cas la radiation peut naturellement avoir aussi lieu (1). — L'action de *calumnia* suppose toujours, semble-t-il, un acquittement formel de l'accusé. Celui-ci peut, au moins d'après le droit postérieur, refuser l'*abolitio* désirée par l'accusateur et il a la possibilité, en exigeant la continuation du procès, d'intenter l'action de *calumnia*, lorsque l'acquittement a été prononcé. — Rien ne s'oppose à la reprise de l'accusation par un tiers; l'accusateur, qui s'est retiré, n'est pas admis à renouveler l'accusation (2).

(455) Suppression légale du procès pénal.

3. La suppression de l'accusation pendante ne peut avoir lieu que par voie législative et, à notre connaissance, on ne la rencontre absolument pas à l'époque républicaine (3). Sous le Principat, on en a fait usage de bonne heure, mais seulement dans des cas isolés, soit pour mettre fin à des procès qui traînaient en longueur (4), soit à cause d'abus du droit d'accusation (5). Mais depuis la fin du premier siècle de l'ère chrétienne (6), la « suppression générale » ou *abolitio publica* des accusations apparaît comme un acte législatif spécial, réalisé

---

(1) Nous traitons de l'*abolitio privata* à propos des peines encourues par les accusateurs. Pour la radiation de l'accusation en cas de défaut de comparution de l'accusateur, cpr. II p. 72. Lorsqu'on oppose *abolitio* à *desistere* (n. 2), on pense d'une part à l'*abolitio* qui n'entraine aucune peine et d'autre part à l'abandon coupable de l'accusation.

(2) Macer, *Dig.*, 48, 2, 11, 2 : *eum qui abolitione publica vel privata interveniente aut desistente accusatore de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur.*

(3) On peut comparer le *justitium* (II p. 32 n. 3. *St. R.*, 1, 263 [*Dr. publ.*, 1, 300]).

(4) Suétone, *Aug.*, 32 : *diuturnorum reorum et ex quorum sordibus* (du costume de deuil) *nihil aliud quam voluptas inimicis quaereretur nomina abolevit condicione proposita, ut si quem quis repetere vellet, par periculum poenae subiret.* Autres cas : Tacite, *Ann.*, 2, 50. 13, 43. *Vita Pii*, 7; *Aureliani*, 37. La constitution *C. Th.*, 9, 37, 3 = *C. Just.*, 9, 46, 9, fait mention de la *specialis indulgentia.*

(5) Caligula : Suétone, *Gai.*, 15. Dion, 59, 6. Vespasien : Dion, 66, 9 : τὰς γραφὰς τὰς ἐπὶ τοιούτοις ἐγκλήμασι (pour crime de lèse-majesté) καταλύων; les deux fois on cassa en même temps les sentences ayant force de chose jugée.

(6) Domitien : *Dig.*, 48, 3, 2, 1, tit. 16, 16. Trajan : *Dig.*, 48, 16, 10, 2.

surtout par sénatusconsulte (1), mais aussi par constitution impériale (2). Elle est provoquée au début par des événements particuliers heureux (3), elle se produit plus tard régulièrement chaque année à Pâques pour accroître la joie publique (4). Ces dispositions prescrivent aux tribunaux de traiter
(456) les accusations en cours comme non formées, sauf certaines exceptions spécifiées dans les différentes lois (5) et parmi lesquelles figurent régulièrement les crimes capitaux (6). Cette mesure profitait non seulement aux accusés, mais aussi aux accusateurs à raison de l'obligation rigoureuse qui leur incom-

---

(1) *Dig.*, 48, 3, 2, 1. tit., 16, 12. *St. R.*, 2, 884. 3, 1236 [*Dr. publ.*, 5, 161. 7, 466]. C'est sur cette règle que se fonde l'opposition, justifiée en droit strict, faite par un sénateur à une suppression de procès pénal opérée par l'empereur (Tacite, *Ann.*, 3, 70) *St. R.*, 2, 885 [*Dr. publ.*, 5, 162]. Cette mesure correspond en substance au refus de l'action (Tacite, *Ann.*, 4, 29).

(2) *Abolitio publica* est le terme technique dans les actes (n. 6) et est l'expression courante dans les sources juridiques. — L'*indulgentia* ne se sépare de l'*abolitio publica* que parce qu'elle désigne tout à la fois la suppression du procès pénal en cours et la remise de la condamnation pénale déjà prononcée. Si dans le *C. Th.*, 9, 37, 3 = *C. Just.*, 9, 46, 9, on cite à côté l'une de l'autre *non publica abolitio, non privata* d'une part et *non specialis indulgentia, ne beneficium quidem generale* d'autre part, on entend sous le nom de *beneficium generale* l'*indulgentia generalis* ou *communis* (*Cod.*, 9, 51, 4. c. 5. c. 7. c. 9). *Indulgentia* est aussi souvent employé pour désigner la remise de la peine déjà prononcée (*Dig.*, 28, 3, 6, 12; *Cod.*, 9, 43, 3) que pour indiquer la suppression du procès pénal en cours (*Cod.*, 9, 22, 9, 1; tit. 43, 2; Cassiodore, *Var.*, 11, 40). Dans cette dernière acception *indulgentia* est synonyme d'*abolitio*. — Pour l'emploi du mot *amnestia* dans ce sens cpr. II p. 141 n. 1.

(3) *Dig.*, 48, 16, 8. l. 9. l. 10, 2. l. 12. *C. Th.*, 9, 38, 1.

(4) Pour la première fois Gordien, *C. Th.*, 9, 38, 6. 7. 8 (= *C. Just.*, 1, 4, 3). Cassiodore, *Var.*, 11, 40. De pareilles grâces accompagnaient aussi la fête impériale des *Vota* (Augustin, *Contra Faustum*, 5, 8); elles ne s'étendaient pas seulement aux procès en cours, mais même aux affaires pénales qui avaient déjà fait l'objet d'un jugement définitif.

(5) On excepte les procès pendants contre des esclaves arrêtés (*Dig.*, 48, 3, 2, 1. tit. 16, 16).

(6) Paul, 5, 17, 1 : *post abolitionem publicam a delatore suo reus intra tricesimum diem repeti potest, postea non potest. Dig.*, 48, 16, 10, 2. l. 15, 6. l. 16, l 17. Dans les Actes des jeux séculaires de l'année 204, on trouve des restes de dispositions de ce genre. (*Eph. epigr.* 8, p. 297); 1, 46 : *iis diebus, quibus t[am clari ludi celebrab]untur, [nomina quoque reo]r[u]m aboleantur* et 2, 20 : *[reorum] nomina abolenda ita ut pos[t d]iem tricesimu[m accusatoribus] r[ep]etendi jus sit.*

bait. Toutefois l'accusateur a toujours la faculté de reprendre dans un délai de trente jours le procès engagé (1).

2. Exemption personnelle de la Poursuite pénale.

Exemption de la procédure pénale.

Lorsque l'État donne à une personne l'assurance qu'elle sera exempte de la responsabilité qui s'attache légalement à un délit, il y a là une violation de l'ordre juridique plus grave que celle qui résulte de la remise de peine faite au coupable après la condamnation; car, au point de vue moral comme au point de vue politique, le pardon ne doit pas avoir lieu avant la preuve de la faute, mais seulement après. En fait, les Romains n'ont admis cette exemption de la procédure pénale que dans une mesure limitée. Les règles de ce genre qu'on rencontre en droit romain ont principalement trait à la situation juridique exceptionnelle de l'ambassadeur. Si, d'après le droit personnel coutumier, le fait d'appartenir à une nation qui est en guerre avec Rome est assimilé juridiquement à un crime capital, il y eut toujours une exception à cette vieille règle traditionnelle en faveur des légats des États. Le magistrat romain peut d'ailleurs en donnant sa parole (*fides publica*) conférer au moins approximativement la même situation juridique à tout étranger qui sans cela serait soumis au droit de la guerre (2). Bien plus, pendant la guerre du roi Jugurtha contre Rome, le peuple, désirant le témoignagne du roi ennemi contre les aristocrates romains accusés de trahison, lui garantit ainsi qu'à sa suite pour le cas où il viendrait à Rome le bénéfice d'un sauf-conduit (3). (457)

---

(1) *C. Th.*, 9, 38, 1. 2. 3. 4. Cette exception se rencontre d'une manière générale dans les constitutions de ce genre rendues à Pâques (II p. 138 n. 4). Dans certains cas, l'*abolitio* s'étend peut-être aux peines capitales, ainsi que cela semble résulter des termes mêmes de *C. Th.*, 9, 38, 12.

(2) Cette pratique a été fréquente vis-à-vis des déserteurs. D'après Diodore, 36, 2, le général romain promet l'impunité à l'un des chefs des esclaves révoltés τῇ δημοσίᾳ πίστει τὴν ἄφεσιν τῆς τιμωρίας βεβαιώσας.

(3) Salluste, *Jug.*, 32, 33. Si plus tard un procès est fait à l'un des compagnons de Jugurtha à cause d'un meurtre qu'il a commis pendant son séjour à Rome (*loc. cit.*, 35, 7), il n'y a pas là nécessairement une violation

Amnistie. Cette libération exceptionnelle de la poursuite pénale se rencontre encore en cas de troubles intérieurs et de guerres civiles. En droit, le citoyen insurgé est assimilé à l'ennemi, surtout s'il lève ou a levé les armes contre l'autorité légitime; mais dans ces cas il arrive fréquemment que l'application normale du droit soit impossible et que les révoltés soient soustraits à la poursuite par un acte de l'État. Le droit exige pour un pareil acte un vote du peuple (1); en tout cas, la simple parole du magistrat ne suffit pas (2). Si dans la période de transition entre la République et la monarchie de pareilles exemptions ont été accordées par le Sénat, il n'y eut là qu'un exercice par le Sénat du pouvoir souverain auquel
(458) celui-ci prétendit alors (3). Du reste, deux circonstances prouvent nettement la stabilité de l'ordre juridique romain : d'une

---

de la promesse faite; l'ambassadeur lui même peut-être poursuivi à raison d'actes accomplis pendant la durée de sa mission (*Dig.*, 5, 1, 2, 4). La controverse de droit public sur les limites du privilège des ambassadeurs a été insérée dans le récit de l'expulsion des Tarquins (Tite-Live, 2, 4).

(1) Les annales mentionnent des résolutions populaires de ce genre, tant pour les temps primitifs (Denys, 5, 13. 57) que pour l'époque postérieure à la révolution décemvirale (Tite-Live 3, 54, 14 : *L. Icilius... plebem rogavit et plebs scivit, ne cui fraudi esset secessio ab decemviris facta.* Denys, 11, 46) et en 412/342 (Tite-Live, 7, 41, 2. 3), où l'on voit qu'il s'agit surtout de la perduellion résultant d'un manquement à la discipline militaire. La loi Plautia rendue pour les partisans de Sertorius présente les mêmes caractères (Suétone, *Caes.*, 57 ; Drumann, 3, 139). On peut au moins comparer avec les exemples précédents l'amnistie accordée aux Italiens rebelles à la fin de la guerre d'Hannibal (Appien, *Hann.*, 61). Cpr. Cicéron chez Servius, *In Aen.*, 11, 708 : *ne fraudi sit ei, qui populum ad contentionem vocarit.*

(2) D'après Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 10, 28, la parole donnée par le consul C. Marius au tribun de la plèbe L. Saturninus après la capitulation de celui-ci, est nulle, comme n'ayant pas été donnée en vertu d'un mandat du Sénat, ce mandat faisant ici complétement défaut : *fides... qui potuit sine senatus consulto dari?*

(3) L'impunité fut accordée de cette manière par un sénatusconsulte aux meurtriers de César (Appien, *B. c.*, 4, 94 et ailleurs), puis aux soldats d'Antoine qui déposèrent les armes dans le délai fixé (Cicéron, *Phil.*, 5, 12, 34. 8, 11, 33), en 711/43 pour les chefs des partis politiques qui avaient illégalement porté les armes (Dion, 49, 43 : δόγμα ἐγένετο μηδένα τῶν ἐς τὴν γερουσίαν τελούντων ἐπὶ λῃστείᾳ — c'est-à-dire d'après la loi Cornélia sur le meurtre — κρίνεσθαι).

part, les annales ne mentionnent qu'un petit nombre d'actes de ce genre; d'autre part, les lois romaines n'ont pas de terme consacré pour désigner ces actes. L'ἀμνηστία ou ἄδεια sont des notions juridiques grecques; chez les Romains, la notion ne fait pas complètement défaut, mais il y a pas de terme technique pour l'exprimer (1).

Une autre espèce d'immunité exceptionnelle au point de vue du droit pénal est celle qui se lie parfois à la dénonciation de crimes graves. Nous en traiterons dans la Section X à propos des récompenses accordées aux dénonciateurs.

Enfin, après la bataille de Cannes, on permit à ceux qui s'étaient rendus coupables d'un crime capital d'entrer dans l'armée des citoyens en leur garantissant la remise de la peine encourue pour leur crime; mais il n'y a là qu'un fait isolé dans l'histoire romaine (2).

3. Le Droit d'Asile.

L'asile de Romulus.

Le droit pénal romain connaît certainement la paix due au temple, l'inviolabilité spéciale de la maison du dieu et de tout ce qui s'y trouve; c'est ainsi qu'il punit le vol commis au regard d'un temple, le *sacrilegium*, plus sévèrement que celui qui est commis dans la demeure du citoyen ou dans la maison de la communauté. Mais quant à concevoir cet ἀσυλία comme protégeant contre l'autorité répressive celui qui s'y

---

(1) A la suite des discours et des actes antimonarchiques qui eurent lieu lors de la restauration éphémère de la République après la mort de Caligula, le successeur de ce dernier, le savant Claude accorda l'ἄδεια, κατὰ τὸν τῶν Ἀθηναίων ζῆλον, ὡς ἔλεγεν (Dion, 60, 3; *omnium factorumque dictorumque veniam et oblivionem in perpetuum* : Suétone, *Claud.*, 11). *Impunitas* est correct (Salluste, *Cat.*, 30, 6; Tite-Live, 39, 19, 7; Tacite, 15, 71). Ἀμνηστία, que Cicéron, *Phil.*, 1, 1. 1, emploie en sa qualité de *verbum graecum*, est rendu dans les gloses gréco-latines (2 p. 4 Götz) par *abolitio* et la *Vita Aureliani*, 39, se sert aussi d'*amnestia* pour désigner l'*abolitio*; mais la suppression du procès en cours n'est pas la libération de toute poursuite.

(2) Cpr. I p. 384 n. 3. Il est vraisemblable que l'appel du magistrat (*eos noxa... exsolvi se jussurum*) s'adressait tout à la fois aux accusés et aux condamnés pour crime capital.

réfugie et comme rendant l'arrestation de l'accusé impossible (1), aussi longtemps qu'il reste dans le lieu saint, il y a là un abus provoqué par l'insécurité juridique persistante des
(459) cités grecques (2), et que la république romaine sut toujours écarter (3). Il est vrai que la légende de Romulus impliquait un lieu d'asile pour les brigands et que les topographes le plaçaient sur le Capitole « entre les deux bois » et lui donnaient le nom grec d'*asylum* (4). Mais cette tradition a d'autant moins d'intérêt pour le droit qu'on prit soin de fermer cet « asile » pour qu'aucun criminel ne pût, en profitant de cette légende devenue un honneur pour la race, se soustraire au bras de la justice (5). — Une autre prescription du vieux droit religieux, voisine de la précédente, décide que la condamnation à mort ne sera pas exécutée, si le criminel que l'on conduit au lieu d'exécution rencontre accidentellement sur son chemin une

---

(1) Dion, 47, 19, définit la notion de la manière suivante : μηδένα ἐς τὸ ἱρῷον αὐτοῦ καταφυγόντα ἐπ' ἀδείᾳ μήτε ἀνδηλατεῖσθαι μήτε συλᾶσθαι.

(2) Un certain nombre d'asiles de ce genre nous sont indiqués par L. M. Hartmann, *De exilio*, p. 17, et Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 72.

(3) Tacite, *Ann.*, 3, 36 : *neque quemquam in Capitolium aliave urbis templa perfugere, ut eo subsidio ad flagitia utatur.* Plaute, *Rud.*, 722, nous dit assez nettement que le droit d'asile (*de ara Veneris abducere*) n'existait pas à Rome.

(4) Jordan, *Topogr.*, 1, 2, 117 a groupé tous les renseignements donnés à ce sujet par la tradition. Il est même douteux que la place « *inter duos lucos* » puisse être identifiée avec l'asile. Le temple de Vejovis, qui se trouvait à cet endroit (Ovide, *Fast.*, 3, 4,30) ne peut pas être l'asile, puisque l'on ne pouvait pas pénétrer sur l'emplacement de celui-ci (n. 5), ce qui est inadmissible pour un temple. Denys, 2, 15, déclare ne pas savoir à quel dieu ou démon cet asile était consacré ; Plutarque, *Rom.*, 9, le nomme un ἱερὸν θεοῦ ἀσυλαίου, que personne ne nomme ailleurs et que ce Grec a vraisemblablement inventé, parce qu'on ne conçoit pas un asile sans un dieu du temple. — Si Cicéron, *De leg. agr.*, 2, 14, 36, parle des *sacella quae majores in urbe partim periculi perfugia esse voluerunt*, la conclusion est qu'anciennement on hésitait à s'emparer dans un lieu sacré du débiteur ou de l'esclave fugitif ; mais il n'y avait pas là une protection juridique donnée par le sanctuaire.

(5) Dion, 47, 19, rapporte que le droit d'asile fut accordé au temple de César suivant le modèle de l'asile de Romulus et ajoute : καίτοι καὶ ἐκεῖνο τὸ χωρίον ὀνόματι τὴν ἀσυλίαν... ἄνευ τοῦ ἔργου αὐτῆς ἔσχεν· οὕτω γὰρ περιφράχθη, ὥστε μηδένα ἔτι τὸ παράπαν ἐσελθεῖν ἐς αὐτὸ δυνηθῆναι. Chez Tite-Live 1, 8, 5, l'asile s'appelle aussi *locus qui nunc saeptus*. La divinité était donc aussi difficile à trouver.

prêtresse de Vesta ; celui-ci doit seulement affirmer sous la foi du serment que la rencontre n'a pas été provoquée(1). Les textes ne nous ont pas transmis d'application particulière de cette règle.

Le droit d'asile grec.

Plus tard, sous le gouvernement peu énergique de la République, on toléra dans la partie orientale de l'empire le droit d'asile grec ainsi que d'autres institutions étrangères. C'est seulement à l'époque impériale que l'application de ce droit (460) d'asile a été énergiquement restreinte ou plutôt supprimée en fait (2).

Le droit d'asile du culte impérial.

D'un autre côté, le droit d'asile a gagné du terrain avec le rétablissement de la monarchie et l'organisation du culte impérial tant à Rome que dans l'ensemble de l'empire. Lorsqu'en 712/42 on consacra à Rome le premier temple à ce culte en le dédiant au dictateur César, déjà déifié, on conféra à ce sanctuaire sous l'influence de la légende de Romulus le caractère d'asile (3). Un privilège analogue fut revendiqué sous la

---

(1) Plutarque, *Num*, 10. Les prescriptions voisines, d'après lesquelles celui qui rencontrait le flamine de Jupiter était soustrait pour la journée aux châtiments corporels et aux chaînes (Aulu-Gelle, 10, 15 ; Plutarque, *Qu. Rom.*, 111), appartiennent au domaine de la discipline domestique et de la coercition.

(2) Le gouvernement central n'a certainement jamais admis que ses pouvoirs fussent restreints par ces institutions municipales. Auguste fit arracher à Alexandrie de la statue du *divus Julius* le fils d'Antoine qui s'était réfugié auprès d'elle et le fit conduire au lieu du supplice (Suétone, *Aug.*, 17). Sur l'invitation de l'empereur Tibère, le Sénat ordonna dans ses provinces d'Asie, de Chypre et de Crète — la même opération a dû sans doute avoir lieu dans les provinces impériales — une révision des statuts locaux relatifs aux asiles et des anciennes concessions (Tacite, *Ann.*, 3, 60-63. 4, 14). La révision opérée pour la ville d'Aphrodisias en Carie nous est parvenue (Bruns, *Fontes*, 6 p. 177) : [τὸ δὲ] τέμενος θεᾶς Ἀφροδίτης ἐν πόλει.... Ἀφροδεισιέω[ν ἄ]συλον ἔ]στω ταὐτῷ τῷ δικαίῳ ταυτῇ τε δεισιδαιμονίᾳ. ᾧ δικαίῳ καὶ ᾗ δεισ[ιδαιμονίᾳ τὸ ἱερὸν θεᾶς Ἐφε]σίας ἐστὶν ἐν Ἐφέσῳ. Il est remarquable qu'on assimile complétement à cet égard les cités juridiquement autonomes et les cités juridiquement sujettes ; la révision s'étend même aux premières tout en respectant dans la forme leurs privilèges. Au fond, la révision aboutit à la suppression du droit d'asile ; Suétone (*Tib.* 37) dit nettement : *abolevit* (*Tiberius*) *et vim moremque asylorum quae usquam essent* et les paroles de Tacite (3, 63) : *multo cum honore modus tamen praescribebatur* ne sont qu'une périphrase pour exprimer cette idée.

(3) Dion, 47, 19.

monarchie non seulement pour tous les temples impériaux, mais encore pour toutes les statues impériales, même pour celles de l'empereur vivant; car si la tendance à considérer le souverain régnant comme une divinité vivante ne triompha pas d'emblée, cette idée fut à cette époque plus ou moins courante parmi les partisans de l'empire (1). La prétention fut même élevée que quiconque portait sur soi un portrait du souverain pouvait faire ce qui lui plaisait sans encourir de peine, mais elle ne fut jamais admise (2). On reconnut toutefois que le fait de chercher protection auprès de l'effigie de l'empereur devait être considéré comme une demande de secours adressée à la puissance publique (3). A vrai dire, cet acte n'eut pas au
(461) début d'effet juridique proprement dit pour les personnes libres (4); ce fut seulement en 386 qu'une constitution attribua à celui qui cherchait ainsi protection un délai de 30 jours pour demander secours à l'autorité, mais elle frappait en même temps d'une peine quiconque faisait abusivement une demande de ce genre (5). Cette protection fut accordée plus tôt et plus largement aux esclaves. En consacrant ainsi officiellement dans ce cas les marques d'attachement à l'empire, on répondait aux tendances humanitaires de l'époque qui cherchaient à restreindre le pouvoir arbitraire du maître et la règle coutumière s'établit que dans le cas où un esclave se réfugiait dans un sanctuaire de l'empereur pour échapper aux mauvais traitements de son maître, les autorités de la capitale et les

(1) *St. R.*, 2, 755 [*Dr. publ.*, 5, 13].

(2) Tacite, *Ann.*, 3, 36. *Dig.*, 47, 10, 38. 48, 19, 28, 7.

(3) Tacite, *Ann.*, 4, 67 : *celeberrimo fori effigiem divi Augusti amplecti populumque ac senatum auxilio vocare*; Suétone, *Tib.*, 53. La fuite auprès d'une statue impériale a lieu fréquemment pour échapper à une détention privée illégale. Elle peut par suite, lorsqu'elle a pour cause une violence commise injustement par un tiers, fonder une action d'injure au profit de la victime (*Dig.*, 48, 19, 28, 7).

(4) C'est ce que montre tant l'annulation en fait du droit d'asile nominal des deux temples romains (II p. 142 n. 3) que l'absence dans les plus anciennes sources de tout témoignage relatif à une protection juridique exceptionnelle de ce genre.

(5) *C. Th.*, 9, 44, 4 = *C. Just.*, 1, 25, 1.

autorités municipales étaient obligées de lui donner la protection extraordinaire, à laquelle l'esclave seul pouvait prétendre : elles devaient écouter ses plaintes et, si celles-ci leur paraissaient justes, contraindre le maître à aliéner l'esclave (1).

Le droit d'asile chrétien.

Lorsque le christianisme eut obtenu la reconnaissance de l'État, ses temples prétendirent jouir du droit d'asile tel que l'avaient possédé les temples grecs (2), sans arriver toutefois à faire admettre cette idée par l'État. Celui-ci en 398, donc même après que le christianisme fût devenu religion d'État, prohibe encore le droit d'asile d'une manière générale (3). Ce droit a été reconnu pour la première fois par Honorius pour l'Occident (462) et par Théodose II pour l'Orient et la violation de ce droit fut considérée comme un crime de lèse-majesté (4). Dans la suite, il a été fréquemment écarté dans tel ou tel cas particulier, mais il a persisté en droit (5), sauf les exceptions qui existent,

---

(1) Ulpien, *Dig.*, 1, 12, 1, 1 : (*praefectus urbi*) *servos qui ad statuas confugerint... de domino querentes audiet.* Sénèque, *De clem.*, 1, 18. Plutarque, *De superstitione*, 4. *Coll*, 3, 3 = *Dig.*, 1, 6, 2 = *Institut.*, 1, 8, 2. *Dig.*, 21, 1, 17, 12. Lorsque Gaius, 1, 53, nomme la *fana deorum* à côté des statues impériales, il indique qu'il s'agit là de droit provincial ; il peut y avoir là un reste des asiles grecs. La même remarque s'applique peut être aussi à la réunion de l'*asylum* et de la *statua Caesaris* (*Dig.*, 21, 1, 17, 12) ; cependant il est possible qu'on fasse allusion ici aux asiles de la ville de Rome.

(2) Le plus ancien exemple d'un malfaiteur, qui sous le coup d'une peine capitale cherche refuge dans une église catholique, appartient à la Gaule et date de 355 (Ammien, 15, 5, 31). On relève des cas de ce genre pour Rome en 364 (Ammien, 26, 6,3) ; pour Constantinople en 386 (Zosime, 4, 40, 3), 395 (Zosime, 5, 8, 6), en 399 (Zosime, 5, 18, 2) ; 403 (Zosime 5, 23, 5), et aussi dans Augustin, *Ep.*, 113-115, vol. 2, p. 325, éd. Maur. [*Corpus Script. Eccles. Lat.*, ed. acad. Vienne, vol. 34, p. 659 sv.]

(3) L'interdiction générale que mentionnent Socrate, *H. eccl.*, 6, 5, et d'autres écrivains chrétiens, nous paraît contenue en partie dans la constitution du *C. Th.*, 9, 45, 3.

(4) Constitutions d'Honorius de 409 (*C. Th.*, 16, 8, 19, reproduite dans une forme plus saillante dans le *C. Just.*, 1, 12, 2), et de 419 (*Const. Sirm.*, 13). Constitutions de Théodose II de 431 et 432 (*C. Th*, 9, 45, 4. 5). Edit de Théodoric, 125. Le point de départ de cette législation a peut-être été l'exécution de Stilicon et de son fils qui eut lieu en violation de ce privilège chrétien (Zosime, en 408, 5, 34, 4. c. 35, 4. cpr. c. 29, 9).

(5) Léon, *Cod.*, 1, 12, 6. Cassiodore, *Var.*, 2, 11. L'examen du droit d'asile ecclésiastique (cpr. sur ce sujet Godefroy sur *C. Th.*, 9, 45 et Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechtes*, 1, 317) ne peut être poursuivi ici plus loin, soit parce qu'il n'appartient pas seulement au droit pénal, soit parce qu'il nous ferait pénétrer dans le moyen-âge.

au moins dans le droit de Justinien, pour les meurtriers, les adultères, les ravisseurs et les hérétiques (1). Les magistrats accordent même fréquemment dans cette dernière période à ceux qui se sont réfugiés dans une église la permission de séjourner hors du sanctuaire pendant un temps qui ne peut dépasser trente jours tout en leur promettant de ne pas empêcher leur retour à l'église (2).

4. L' « Intercessio » et l' « Appellatio » de l'époque républicaine.

La tâche la plus grande et la plus difficile de l'État constitutionnel est d'une part d'assurer à la magistrature une plénitude de pouvoirs suffisante et d'autre part de la maintenir dans les limites requises, c'est-à-dire d'établir l'accord entre la puissance des fonctionnaires et les lois de l'État. L'institution qui chez les Romains remplissait ou cherchait à remplir surtout la seconde partie de cette mission est celle de l'*intercessio* contre l'*imperium*, elle était une limitation de la magistrature par la magistrature elle-même. Cette théorie ne peut être complètement exposée que dans le droit public général auquel elle appartient (3) ; en droit pénal il suffit d'indiquer ses principes généraux et de retracer en détail son application spéciale dans l'administration de la justice par les magistrats.

Notion de l'intercession.

(463) L'*intercessio* est la cassation d'un ordre d'un magistrat par un autre magistrat. Dans la Rome royale, elle n'a pu se présenter que sous la forme de la cassation opérée par le roi lui-même d'un ordre donné par son délégué et cette intercession du mandant détenteur d'une puissance supérieure vis-à-vis du mandataire, investi seulement d'une puissance inférieure, s'est toujours maintenue (4). — Lors de l'établissement

---

(1) *Nov.*, 37, 10. 117, 15. La même règle s'applique aux débiteurs d'impôts : *Nov.*, 128, 13 et ailleurs.

(2) C'est le λόγος ἀσυλίας (*Nov.* 17 c. 6, 7. Justin. *Ed.*, 2. 13, 28). Cette permission peut également être donnée par l'évêque (Justin., *Ed.*, 13, 28).

(3) *St. R.*, 1, 266-292 [*Dr. publ.*, 1², 304-334].

(4) Je l'ai méconnu dans mon *St. R.*, 1, 269 [*Dr. publ.*, 1², 307]. L'inter-

du système de la collégialité au moment de la fondation de la République, on donna aussi le droit de cassation au collègue investi de pouvoirs égaux; cette règle se fondait d'abord sur cette considération logique qu'à égalité de pouvoirs la défense l'emporte sur l'ordre et elle résultait aussi du but pratique poursuivi dans le nouveau système qui était de limiter la plénitude des pouvoirs de la magistrature par la magistrature elle-même sans la diminuer (1). — Lorsque la plèbe prit place dans l'organisation constitutionnelle romaine, elle éleva la prétention révolutionnaire d'obtenir pour ses chefs le droit de cassation ; ce pouvoir lui fut bientôt légalement reconnu et cette extension de l'*intercessio* se fit de telle façon que chaque tribun de la plèbe eût le droit de l'exercer tant contre ses collègues que contre les magistrats patriciens, tandis que ces derniers ne purent pas par leur protestation entraver l'activité du tribun de la plèbe. La puissance exorbitante donnée ici à chaque magistrat pris isolément, notamment à chaque tribun de la plèbe, subissait une atténuation essentielle grâce au fonctionnement pratique de la constitution romaine. Le magistrat dont l'acte était annulé par l'opposition du tribun

---

cession du magistrat supérieur contre le magistrat inférieur, telle qu'elle apparaît dans celle du consul contre le préteur (*Val. Max.*, 7, 7, 6; *St. R.*, 1, 270, n. 1 [*Dr. publ.*, 1², 308, n. 1] et dans la copie faite dans le droit municipal de Salpensa (II p. 147 n. 1) pour l'intercession du duumvir contre l'édile ou le questeur, ne permet pas de douter que les notions de *major* et de *minor potestas* sont demeurées applicables en principe dans le domaine de la procédure, quoique leur application au procès capital ait été écartée de très bonne heure (II p. 19 n. 1).

(1) Dans les sources, l'intercession du collègue n'est guère mentionnée que pour le tribunat de la plèbe. Le cas le plus net d'application que les documents nous en donnent en dehors de là est peut-être celui de l'*intercessio* de Collatinus contre l'exécution des partisans de la royauté : ἐγὼ, dit-il à son collègue, τὰ μειράκια ἀφαιροῦμαι τῆς αὐτῆς ἐξουσίας ἧς σὺ κύριος ὢν (Denys, 5, 9 ; Cpr. *St. R.*, 1, 268 [*Dr. publ.*, 1², 306]), à la suite de quoi ce dernier l'accuse de haute trahison. Nous en retrouvons une application très précise dans le droit municipal de Salpensa, c. 27, à côté de l'*intercessio* des magistrats supérieurs vis-à-vis de leurs inférieurs, dont il a été parlé II p. 146 n. 4 : *IIviris inter se et cum aliquis alterutrum eorum aut utrumque ab aedile aedilibus aut quaestore quaestoribus appellabit, item aedilibus inter se,* [*item quaestoribus*] *intercedendi... jus potestasque esto.* Sous le Principat, il n'est plus question de l'intercession du collègue.

pouvait néanmoins donner suite à cet acte ; du même coup il tombait sous la coercition et la juridiction du tribun qui avait cassé l'acte ; mais les mesures de répression prises contre lui pouvaient être cassées par les collègues de ce tribun. Il en
(464) résultait que, si ces derniers le voulaient, ils pouvaient annuler non pas la cassation, mais les conséquences pénales produites par la méconnaissance de cette cassation (1). — Tels sont les traits fondamentaux de l'intercession à l'époque républicaine. Aucun droit public n'a peut-être connu de mécanisme plus puissant pour endiguer les pouvoirs de la magistrature. Il est vrai que cette force pouvait être utilisée aussi bien pour empêcher les abus de la magistrature que pour la paralyser dans son activité normale et le droit de cassation, tel qu'il fut exercé, notamment par les tribuns de la plèbe, a pleinement joué ce double rôle. Toutefois il a été dans l'ensemble plus utile que nuisible, surtout parce qu'il portait en lui-même, de la façon précédemment indiquée et sans contredit très peu satisfaisante, le correctif aux abus individuels. Les magistratures qui n'admettent pas l'intercession, celle de l'interrègne et la dictature (2), ont été transformées relativement tôt ou supprimées plus tard en fait. La suspension du droit de cassation, notamment de celui des tribuns, telle que nous la rencontrons sous des formes diverses lors du décemvirat et d'autres pouvoirs exceptionnels, est en principe une suspension de la constitution républicaine.

Formes de l'intercession.

Au point de vue de la forme, l'intercession peut provenir de l'initiative du magistrat qui intercède ; c'est ainsi notamment qu'elle a lieu à l'encontre des résolutions du sénat et des pro-

---

(1) *St. R.*, 1, 287 [*Dr. publ.*, 1², 328]. L'intercession tribunicienne a subsisté dans la forme à l'époque impériale et elle pouvait être employée même contre la procédure consulaire-sénatoriale (Tacite, *Ann.*, 16, 26) ; mais, abstraction faite du pouvoir tribunicien de l'empereur dont il sera parlé plus loin, il n'est plus fait dans la suite d'application pratique importante de cette institution (*St. R.*, 2, 291 n. 1. p. 307. 327 [*Dr. publ.*, 3, 335, n. 1. 354, 377]).

(2) Pour les rapports de la dictature et de l'intercession, v. *St. R.*, 2, 165 [*Dr. publ.*, 3, 189].

jets de lois. Mais le plus souvent et spécialement dans l'administration de la justice, l'intercession est provoquée par la plainte de celui auquel un ordre du magistrat impose l'obligation de faire une prestation (1) que le subordonné estime contraire à la justice ou à l'équité. L'intercession dirigée contre un décret du magistrat est un échec aux règles du droit positif, exactement comme la *provocatio* élevée contre un acte du même genre ; mais le magistrat auquel s'adresse la demande d'*intercessio* n'est pas, comme les comices auxquels s'adresse la *provocatio*, supérieur à la constitution ; il ne peut pas, comme le peuple souverain, faire ce qu'il veut ; mais il doit appliquer (465) le droit positif d'une manière intelligente et équitable, même à l'encontre de la lettre de la loi (2). — La plainte adressée au magistrat pour provoquer l'intercession est l' « appel », *appellatio* (3). Elle doit être présentée personnellement au magistrat, du moins lorsqu'elle est adressée aux tribuns de la plèbe (4). Il est naturel que le magistrat devant lequel on

(1) L'exercice que le magistrat fait de ses pouvoirs ne peut pas donner lieu à l'appel, lorsqu'il n'ordonne pas une prestation immédiate. C'est ainsi que l'appel est possible, non à raison de l'inscription sur la liste des personnes tenues de fournir le service militaire, mais seulement à raison de la convocation de ces personnes. De même, il n'est pas possible à raison de l'inscription faite par le censeur dans le registre des impôts, mais seulement à raison de la perception de ceux-ci.

(2) *St. R.*, 1, 273 [*Dr. publ.*, 1², 312]. L'affaire racontée par Capito (chez Aulu-Gelle, 4, 14) est instructive. Un édile prononce une condamnation pénale contre une femme à raison de voies de fait auxquelles celle-ci s'est livrée contre lui et convoque les comices à statuer en seconde instance. Un appel est adressé aux tribuns contre ce décret de convocation des comices et lorsqu'on établit que cette femme a agi en état de légitime défense, ce décret est cassé. Il y a là, à vrai dire, un empiétement des tribuns dans l'application de règles juridiques de fond par la justice ; car, au point de vue des règles de forme, l'édile était compétent pour convoquer les comices ; mais il n'y en a pas moins ici une intervention intelligente pour assurer l'observation des lois. — Dans l'intercession du droit civil, l'obligation qui incombe au préteur, suivant la prescription renouvelée par la loi Cornelia, de suivre l'édit qu'il a publié lors de son entrée en charge, a une grande importance pour la question qui nous occupe. Si le préteur, dans l'administration de sa charge, observe fidèlement les règles qu'il a posées, l'*intercessio* ne pourra pas aisément intervenir ; elle est au contraire tout indiquée quand il s'en écarte.

(3) *St. R.*, 1, 278 sv. [*Dr. publ.*, 1², 317 et sv].

(4) *St. R.*, 1, 273. [*Dr. publ.*, 1², 311]. Cette règle ne peut pas s'appliquer à

interjette appel ne se décide qu'après avoir pris connaissance (*cognitio*) de la situation. Les règles que nous rencontrons dans des statuts locaux de l'époque de César, d'après lesquelles le magistrat doit prendre une décision dans les trois jours qui suivent l'*appellatio* et disposant que la même affaire ne peut donner lieu qu'à un appel devant le même magistrat (1), sont empruntées aux lois de la République romaine ; elles ont été introduites pour contenir dans de justes limites l'institution dangereuse du droit de cassation. Bien que ce droit appartienne au magistrat pris individuellement, il peut être facilement rendu illusoire, comme nous l'avons déjà fait remarquer, par la contradiction des collègues. C'est pourquoi le magistrat auquel s'adresse l'*appellatio* a coutume de convoquer ses collègues pour en prendre connaissance. Parfois aussi l'*appellatio* est portée immédiatement devant une partie ou devant la totalité des magistrats compétents. En fait, il arrive assez fréquemment que cette instance prenne le caractère d'une procédure contradictoire devant un collège judiciaire (2). Lorsqu'on donne satisfaction à la plainte, cette intervention s'appelle secours, *auxilium*.

Nous allons examiner maintenant le fonctionnement de l'*intercessio* et de l'*appellatio* dans le droit pénal de l'époque ré-
(466) publicaine en renvoyant au Liv. I pour l'*appellatio* dans le domaine de la *coercitio* (3).

Limites de l'intercession en droit pénal.

1. Dans la procédure pénale publique de la ville de Rome,

---

l'appel en général, par exemple à celui qui va du mandataire au mandant.

(1) Droit municipal de Salpensa, c. 27. *St. R.*, 1, 279 [*Dr. publ.*, 1², 319]. C'est vraisemblablement de là que sont sortis les délais d'appel du Principat (II p. 157 n. 6 et 7).

(2) *St. R.*, 1, 279 [*Dr. publ.*, 1², 319]. Aulu-Gelle 6, 19, nous indique des cas où les tribuns rendirent des décisions de ce genre motivées.

(3) I p. 60. Pour les *multa* infligés par les magistrats, on trouve un appel au Sénat ou plutôt au président de cette assemblée ; cette institution est probablement issue du pouvoir de disposition qui appartient au sénat en matière de finances. Dans la procédure, on rencontre un appel au sénat en matières civiles (*St. R.*, 2, 106 [*Dr. publ.*, 3. 121]) ; nous n'avons pas de preuves établissant l'existence d'un appel du même genre dans la procédure pénale.

l'ancien droit admet au regard des citoyens romains (1), non seulement l'intercession des collègues (2), mais aussi et tout spécialement celle des tribuns. Toutes deux trouvent ici une pleine application, mais il y a par contre exclusion de l'intercession du mandant contre le mandataire (3). Cette intercession est possible non seulement pour l'instance préalable qui va jusqu'à la sentence du magistrat, mais aussi pour le débat devant les comices qui suit la condamnation prononcée, de telle sorte que tout acte d'intervention du magistrat dans ces deux instances peut être cassé par l'intercession et que le procès lui-même se trouve ainsi caduc (4). Par contre, il est évident que le jugement rendu par les comices ne peut faire l'objet d'une *intercessio*. A moins qu'il n'y ait eu dans l'ancien droit pénal des dispositions exceptionnelles qui nous soient restées inconnues, ce qui est toujours possible, toute procédure pénale intentée au nom de la communauté peut, à cette époque, être écartée d'un simple mot jusqu'au prononcé de la sen- (467)

(1) Au regard des femmes et des non citoyens, il semble qu'au moins l'intercession collégiale ne puisse pas être exclue. Le contraire est peut être vrai de l'intercession tribunicienne (*St. R*, 1, 274, n. 2. 2, 292 [*Dr. publ.*, 1², 313. n. 1. 3. 336] ; du moins, nous n'avons pas de preuve qu'elle ait eu lieu dans ce cas. Le poète Naevius, auquel les tribuns l'accordèrent (Aulu-Gelle, 3, 3, 15), était, en sa qualité de campanien, citoyen romain et l'appui que C. Gracchus promit à des non citoyens bannis de Rome, mais qu'il ne leur prêta pas (Plutarque, *C. Gracchus*, 12), était difficilement fondé en droit strict.

(2) Il est dans l'ordre logique des choses que les différentes autorités compétentes pour des actions de ce genre, c'est-à-dire les duumvirs, les questeurs, les édiles, aient pu intercéder les unes contre les autres et rien ne contredit cette conclusion logique, de même que nous n'avons à vrai dire aucune preuve dans le sens de l'affirmative.

(3) L'*imperium* du questeur dans le domaine du droit pénal ne pouvant être juridiquement conçu que comme reposant sur un mandat du consul, l'appel contre le décret du questeur doit, d'après les principes, être porté devant le consul, que le questeur ait été nommé par le consul librement ou après consultation des comices. Mais comme la délégation du procès capital au questeur est prescrite par la loi et a précisément pour but d'enlever aux consuls l'exercice personnel de l'*imperium* en matière pénale, le consul a dû être privé, en vertu de la constitution elle-même, du droit de rectifier les décisions de ce mandataire ; nous n'avons d'ailleurs aucune preuve en ce sens.

(4) V les différentes preuves dans *St. R.*, 1, 276 [*Dr. Publ.*, 1², 315].

tence, soit par un des collègues du juge répressif, soit par un tribun de la plèbe.

2. Il en est de même de l'action privée *ex delicto* dans la mesure où elle est réglée par un décret du magistrat ; c'est ainsi, par exemple, qu'on sollicite fréquemment l'intercession du tribun contre la rédaction de la formule (1). Par contre, comme le juré n'est pas un magistrat, la procédure qui se déroule devant lui et la décision qu'il rend ne peuvent donner lieu à l'*intercessio* ; il n'y a d'ailleurs aucune autre instance possible contre cette procédure (2).

3. Les procédures d'accusation de la capitale devraient en elles-mêmes être soumises à l'*intercessio* jusqu'à la reddition de la sentence, parce qu'elles sont du commencement à la fin dirigées par des magistrats, mais le procès tend bien plutôt ici à faire prononcer une sentence par un jury qu'à faire rendre un décret par un magistrat, aussi le fait que nous ne rencontrons pas dans ce domaine de preuves d'*intercessio* prouve-t-il, étant donné que des occasions fréquentes d'intervention s'offraient ici, que l'*intercessio* était exclue de ces procédures par les lois spéciales. Cette conjecture est confirmée par les débris de ces lois qui nous sont parvenus (3).

4. Dans la procédure pénale extra-urbaine, qui sans contredit porte en général à l'époque républicaine un caractère exceptionnel, il n'y a place ni pour l'intercession des collègues, car on ne trouve pas ici de magistrats ayant des droits égaux, ni pour l'intercession des tribuns de la plèbe, car leur compétence est limitée à la ville de Rome. Par contre, sur ce terrain, la délégation de l'*imperium* militaire et de l'*imperium* judi-

---

(1) *St. R.*, 1, 274. [*Dr. publ.*, 1², 313].

(2) *St. R.*, 1, 272. [*Dr. publ.*, 1². 310]. On aimerait savoir si la sentence du jury de la capitale dans le *judicium quod imperio continetur* était soumise à une rescision de ce genre.

(3) La disposition de la *Lex repetundarum*, l. 70 : *judicium... nei quis magistratus....* [*facito quo*] *minus setiusve fiat judiceturve*, exclut l'*intercessio* sans la nommer. V. dans *St. R.*, 1, 275, n. 5. [*Dr. publ.*, 1², 314, n. 5]. des clauses de lois analogues, ne se rapportant pas à des intercessions en matière de procès.

ciaire est permise et usitée et il ne manque pas de preuves qui établissent ici le fonctionnement de l'*appellatio* au délégant (1).

(468) Réunion de l'intercession et de la réformation à l'époque républicaine.

L'*intercessio* est, d'après sa notion, une instance en cassation et elle n'est que cela, lorsque l'intercédant n'a pas le droit de rendre un décret dans l'affaire en question, ce qui est notamment le cas pour le tribun de la plèbe. Au contraire, lorsque le magistrat qui intercède est également compétent pour l'affaire, la cassation du décret rendu par l'autorité inférieure est régulièrement accompagnée d'une résolution prise en sens opposé par l'autorité supérieure ; la réformation se joint ici à la cassation. C'est surtout en cas de juridiction déléguée que le mandant a le droit de rectifier ainsi l'acte du mandataire et tel a été certainement le point de départ du droit originaire tant pour la juridiction royale que pour celle des détenteurs d'*imperium*. Toutefois cette intercession ne s'applique pas à l'époque républicaine dans la procédure pénale de la capitale ; car, comme nous l'avons fait remarquer, les règles de délégation qui régissent cette procédure excluent complètement ou du moins en grande partie l'intercession. Celle-ci apparaît toutefois dans la cassation et dans le renouvellement par le gouverneur de province lui-même du jury établi sur son mandat par le questeur (I p. 324 n. 2). L'appel qu'on rencontre à l'époque impériale du fonctionnaire auxiliaire du gouverneur (2) ou du particulier chargé d'une *cognitio* (3) au gouverneur repose sur la même base.

---

(1) Cicéron, *Divin. in Caec.*, 17, 56 (I p. 324 n. 2). Il faut peut-être encore mentionner en ce sens l'édit de Verrès : *si qui perperam judicasset, se cogniturum, cum cognosset, animadversurum*, cité dans *Verr.*, l. 2, 13, 33. c. 23, 57 (*St. R.*, 1, 233. [*Dr. publ.*, 1, 265]). Cette disposition exorbitante n'est pas confirmée par des applications particulières.

(2) D'après Dion, 52, 22, tout gouvernement de province doit être subordonné à un *consularis* et à deux *praetorii* et l'appel va de ceux-ci au premier (τὰς δίκας τάς τε ἐκκλήτους καὶ τὰς ἀναπομπίμους τὰς ἀπὸ τῶν στρατηγῶν αὐτῷ φοιτώσας κρινέτω). *Dig.*, 49, 3, 2 : *appellari a legatis proconsul potest. Cod.*, 7, 43, 6.

(3) L'appel va du représentant au gouverneur : *Dig.*, 49, 1, 21 c. 1. *Cod.*,

5. L'Appel de l'Epoque impériale.

Fondement juridique de l'appel de l'époque impériale.

L'appel à l'empereur (1) comprend, comme celui du mandataire au mandant (I p. 292.322), la cassation, sur la demande d'une partie, du jugement rendu et son remplacement par une nouvelle sentence prononcée par l'empereur. Le renvoi d'un procès en cours fait par le tribunal compétent à l'empereur, en priant celui-ci de le trancher, n'est pas un appel, mais est
(469) assimilé en substance à ce dernier (2). En particulier, on a vu, ainsi que nous l'avons exposé dans le Livre précédent, apparaître dans la constitution de Dioclétien et de Constantin, à côté de l'appel, l'envoi des actes au tribunal impérial avec un projet de jugement et le rapport des parties (3).

La forme d'appel dont nous nous occupons maintenant n'est pas inconnue à l'époque républicaine, ainsi que nous l'avons indiqué dans le paragraphe précédent (II p. 153), mais elle se restreint à l'administration de la justice dans les provinces et aux rapports du détenteur de l'*imperium* avec son

---

3, 3, 3, de même que dans le cas de *cognitio* de l'action privée l'appel va du représentant au consul (*Dig.*, 49, 3, 3). La même règle s'applique aussi aux délégués spéciaux de l'empereur (*Cod.*, 7, 63, 2, 4), lorsque celui-ci n'a pas expressément interdit d'en appeler à lui (*Dig.*, 49, 2, 1, 4); les autres autorités n'ont pas de plein droit le pouvoir de faire une telle défense, vraisemblablement pour le motif indiqué I p. 292 n. 1. Pour la règle contraire contenue aux *Dig.*, 49, 3, 1, 1, cpr. I p. 323 n. 2.

(1) Sur le terme *provocatio* fréquemment employé à l'époque postérieure à côté de l'expression proprement technique *appellatio* pour désigner l'institution de l'appel, cpr. II p. 160 n. 1.

(2) La compétence de l'empereur comme juge d'appel est étendue, dans l'important édit impérial du IIIe siècle contenu dans le Papyrus de Berlin, n° 628, aux *causae ad principalem notionem* [*vel*] *provocatae vel* [*rem*]*issae*, où *remittere* ne signifie pas renvoyer, mais remettre, suivant l'usage général dans la langue de cette époque (déjà en ce sens chez Pline, *Ad Traj.*, 96). De même, Dion (52, 21. 22. 23) désigne l'instance d'appel, tant celle qui a lieu devant l'empereur à raison de sa compétence générale que celle des autres magistrats, par les mots τὰς δίκας, τάς τε ἐκκλήτους (ou ἐφεσίμους) καὶ τὰς ἀναπομπίμους κρίνειν (ou δικάζειν). Il désigne ainsi la procédure *per relationes* ou *per consultationes* qui a la même valeur que l'appel.

(3) Cela a lieu d'après la constitution de Dioclétien, *Cod.*, 7, 62, 6, 3, lorsque l'accusé a été arrêté, parce qu'on avait cessé dans la dernière période d'envoyer les détenus au tribunal impérial.

mandataire en matière de juridiction. Au contraire, à l'époque impériale où l'appel exclusivement de cassation porté devant les collègues ou les tribuns de la plèbe a pour ainsi dire disparu, l'appel de réformation adressé à l'empereur a dans une certaine mesure absorbé toute l'administration de la justice civile et criminelle. Nous avons traité d'une manière générale dans le Livre précédent du fondement juridique de la juridiction impériale. Comme instance générale d'appel, elle ne se fonde pas sur les relations du mandant avec le mandataire, quoique ce motif soit souvent exact (I p. 322 sv.), mais elle repose, d'une part, sur l'attribution au *princeps* du pouvoir tribunicien de cassation élargi et, d'autre part, sur la juridiction générale qui lui est également accordée (I p. 304 sv.). Nous devons exposer ici le fonctionnement de l'appel impérial dans la mesure où il concerne le droit pénal. L'appel du droit civil et celui du droit criminel ont toujours marché de pair et ont suivi en principe un développement identique de telle façon qu'il ne convient pas, semble-t-il, d'entrer trop dans les détails de cette institution à propos du droit pénal.

En théorie, l'appel est possible contre toute décision du juge qui, de l'avis de la personne intéressée, la frappe injustement; il peut être formé contre les sentences capitales (1) et il n'y a pas non plus, du moins en droit pénal, de limite minima fixée (2). Mais en pratique on a restreint à divers égards (470) l'application de l'appel.

1. Les sentences des jurés qui ne reposent pas sur l'*imperium* et qui par conséquent ne peuvent pas être considérées comme un décret de magistrat, c'est-à-dire en particulier tous les *judicia publica* de la capitale, y compris les décisions prises par des magistrats pour diriger la procédure de ces *ju-*

(1) *Dig.*, 49, 4, 2. 3. (*C. Th.*, 11, 30, 20. 57 (= *C. Just.*, 7, 62, 29). 58 (= *C. Just.*, 7, 62, 30).

(2) *Cod.*, 7, 62, 20 : *et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est.* La fixation d'un minimum, qui n'appartient du reste qu'au droit de Justinien et pour laquelle nous n'avons pas de preuves suffisantes, (*Dig.*, 49, 1, 10, 1. *Nov. Valent.*, 34, 17. *Nov. Justin.*, 23, 3) ne se rapporte vraisemblablement qu'à l'appel du droit civil.

dicia, ont vraisemblablement été aussi peu soumises à l'appel de réformation devant l'empereur qu'elles étaient sous la République sujettes à la cassation des tribuns (1). — On ne peut pas plus interjeter appel devant l'empereur des sentences rendues non par le tribunal consulaire-sénatorial (I p. 294 n. 5).

2. L'application de l'appel n'est pas restreinte de plein droit au jugement qui clôt le procès ; mais cette voie de recours ne doit être utilisée en fait contre d'autres décisions du juge qu'autant que celles-ci renferment un dommage non susceptible d'être réparé par l'appel contre le jugement final : tel est, par exemple, l'acte par lequel le juge ordonne la torture (2).

3. Le juge inférieur a, du moins dans la procédure plus sévère et barbare de la dernière période, la faculté, en cas d'aveu ou même sans aveu lorsque la preuve de la faute est suffisamment faite, de rejeter l'appel comme tendant uniquement à prolonger le procès (3).

4. Lorsque le retard de l'exécution serait dangereux pour la sécurité publique, le juge répressif peut également refuser à ses risques et périls de recevoir l'appel (4).

(471) 5. L'appel est généralement exclu, en cas de faux en matière de monnaie (5), en cas de violence (6) et de rapt (7).

Marche de l'appel. Pour les degrés d'instances, pour la détermination du tribunal chargé d'examiner en appel les sentences rendues par les

---

(1) I p. 323, n. 3. C'est ce que pense aussi Paul, *Dig.*, 50, 16, 244 : *de poena provocatio non est; simul atque enim victus quis est ejus maleficii, cujus poena est statuta, statim ea debetur*, par opposition à l'appel avec effet suspensif qui a lieu contre la *multa* dans la coercition (I p. 60 n. 3 et 4).

(2) *Dig.*, 49, 5, 2.

(3) Paul, 5, 35, 2 : *moratorias appellationes et eas, quae ab executoribus* (*et* à rayer) *confessis fiunt, recipi non placuit. Cod. Th.*, 11, 36, 1. c. 4. c. 7 (= *C. Just.*, 7, 65, 2). c. 14, c. 18, 2. c. 31. c. 33.

(4) *Dig.*, 28, 3, 6, 9 : *nisi forte latro manifestus vel seditio praerupta factioque cruenta vel alia justa causa, quam mox praeses litteris excusabit, moram non recipiant.* 49, 1, 16. Dans le papyrus de Vienne cité I p. 353 n. 2, on trouve comme *r*(*ubrica*) la note marginale suivante : *confestim excusare debet apud principem praeses, qui appellantem non distulit.*

(5) *Cod. Th.*, 9, 21, 2, 3 = *C. Just.*, 9, 24, 1, 3.

(6) *Cod. Th.*, 9, 10, 1 (= *C. Just.*, 9, 12, 6) de l'année 317 ; moins rigoureuse : *Cod. Th.*, 11, 36, 14 de l'année 361.

(7) *Cod. Th.*, 9, 24, 1, 3 = *C. Just.*, 9, 13, 1 d.

différents tribunaux inférieurs et même plus tard par les tribunaux intermédiaires et pour les restrictions relatives à l'appel devant la cour suprême de l'empereur, nous renvoyons aux explications que nous avons données dans le Livre précédent. Dans la procédure pénale, l'appel n'est pas seulement possible de la part de l'accusé qui se trouve atteint par la sentence du tribunal, il est également possible de la part de l'accusateur dans la procédure bilatérale (1). La représentation est permise dans les procès non capitaux comme en droit privé (2); en cas de sentence capitale, on permet exceptionnellement à toute personne d'interjeter appel, même sans mandat et même contre la volonté du condamné (3). L'appel est introduit devant le tribunal dont on attaque la sentence, de manière à lui donner connaissance de la contradiction qu'on élève et de l'inviter à s'en remettre à la décision du tribunal supérieur (4). Si ce tribunal ne répond pas à l'invitation qui lui est adressée, l'appelant peut se plaindre de ce chef auprès du tribunal supérieur et si sa plainte est accueillie, l'invitation qu'il a faite vaut comme appel (5). Il va de soi qu'en cas de procédure bilatérale il faut donner connaissance de l'appel à l'autre partie. L'introduction de l'appel doit dans l'ancien droit avoir lieu dans un délai de deux jours ou dans certains cas de trois jours (6), à compter du moment où la sentence a été rendue. Dans le droit de Justinien, ce délai est porté à dix jours (7). (472)

(1) *Dig.*, 49, 14, 9. *Cod.*, 2, 12, 2.
(2) *Dig.*, 49, 9, 1 (II p. 44 n. 7). *Cod.*, 2, 12, 2.
(3) *Dig.*, 49, 1. 6. tit., 4, 2, 3. *Cod.*, 7, 62, 6, 3.
(4) *Dig.*, 49, 6, 1.
(5) *Dig.*, 26, 7, 57, 1.
(6) *Dig.*, 49, 1, 20, 1. tit., 4, 1, 11. 15. l. 2. l. 20. 49, 5, 3. *Cod.*, 7, 62, 5, 5. *Nov.*, 23. Cette règle se fonde manifestement sur le délai de deux jours établi pour l'*intercessio* (II p. 150 n. 1) que nous fait connaître le droit municipal de Salpensa, mais qui a certainement été établi d'après un modèle romain. De même, l'interdiction de la multiplicité d'intercessions pour la même affaire, exprimée au même endroit, se rattache probablement à des limitations analogues de l'appel, qui à vrai dire nous sont seulement connues pour la dernière période (*C. Th.*, 11, 38, 1. *C. Just.*, 7, 70, 1. *Nov.*, 82, 5.
(7) *Nov.*, 23, 1.

Toutes ces règles s'appliquent également aux affaires civiles, fiscales et criminelles ; nous pouvons par conséquent renvoyer pour les détails au droit civil (1).

Cassation et réformation résultant de l'appel.

Lorsque l'appel est reconnu valable par le tribunal inférieur ou éventuellement par le tribunal supérieur, la sentence rendue par le tribunal inférieur est cassée (2) et n'obtient pas la force de chose jugée (3). Mais du même coup le procès est pendant devant le tribunal supérieur et s'y déroule sans qu'on tienne formellement compte des débats antérieurs (4). Aucune mention n'est faite dans l'ancien droit d'un délai pour la justification de l'appel. Mais comme cette procédure oblige les forains à se rendre à Rome pour y diriger leurs procès, une constitution impériale, vraisemblablement du IIIe siècle, fixe pour l'introduction du procès des délais qui sont, en cas d'affaire non capitale, de six mois pour les Italiens et d'un an pour les provinciaux et, en cas d'affaire capitale, de neuf mois pour les premiers et de dix-huit mois pour les seconds (5). Constantin et ses successeurs ont maintes fois modifié ces délais, sans distinguer toutefois dans leur réglementation les procès capitaux et les autres (6). Il n'y a aucune remarque spéciale à faire pour les autres règles qui s'appliquent au nouveau pro-

(1) Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, 2, 700 suiv. ; 3, 328 suiv.

(2) *Dig.*, 48, 16, 1, 14 : *provocationis remedio condemnationis extinguitur pronuntiatio.* Cet effet s'attache tant à l'appel de l'époque républicaine qu'à celui de l'époque impériale ; il est incorrect d'attribuer à ce dernier un effet suspensif. Le jugement du tribunal supérieur peut au point de vue du fond se confondre avec celui du tribunal inférieur, il est au point de vue de la forme un nouveau jugement.

(3) Celui qui meurt après avoir interjeté appel, mais avant la sentence du tribunal de seconde instance, meurt comme accusé et non comme condamné (*Dig.*, 28, 1, 13, 2. tit., 3, 6, 8. 48, 19, 2, 2. 49, 7, 1, 2. 3). L'arrestation, qui dépend de l'arbitraire du magistrat, est ordonnée, il est vrai, à raison de la première condamnation. *C. Th.*, 11, 30, 2 (= *C. Just.*, 7, 62, 12); *C. Just.*, 7, 62, 6, 3.

(4) Il n'est nulle part question d'un envoi obligatoire des actes, sauf bien entendu dans le cas où l'appel prend la forme d'une consultation.

(5) Edit du Papyrus de Berlin, n. 628 (II p. 154 n. 2). Tant au point de vue de la langue qu'au point de vue du fond, il n'est pas possible de placer cet édit avec Mitteis (Hermes, 32, 630 sv.) à l'époque de Tibère, il appartient certainement au IIIe siècle.

(6) Bethmann-Hollweg, 3, 329, sv.

cès. Régulièrement, d'après l'ancienne procédure, les parties, et là où il n'y a pas d'accusateur l'accusé seul, comparaissent en personne devant le juge supérieur (1). — Bien entendu la peine peut être augmentée dans l'instance supérieure (2). — L'abus de l'appel dans la procédure pénale a sans aucun doute toujours été réprimé par le tribunal supérieur, bien qu'on ne puisse pas établir ici l'existence de peines légales fixes (3). (473)

6. La provocation aux comices ou instance en grâce suspendant l'autorité de chose jugée de la condamnation pénale. Notion de la provocation aux comices.

L'autorité de la chose jugée est un principe fondamental de tout État constitutionnel et, en droit ancien, il n'y a pas de voie de recours possible contre les jugements rendus dans une action privée et investis de cette autorité. L'action publique n'est pas traitée avec la même rigueur ; elle n'est pas une instance arbitrale et le décret d'un magistrat est plus facilement infirmé par le vote du peuple que la sentence d'un jury. Il en résulte que de tout temps, d'après la conception romaine, la condamnation prononcée dans une action publique n'a pas de plein droit force de chose jugée ; le condamné a le droit de requérir qu'on soumette la sentence au peuple et qu'on demande à celui-ci s'il veut écarter l'exécution de la peine prononcée. Tel est l'appel du droit pénal, la *provocatio* aux comices, dont l'ef-

---

(1) *Dig.*, 49, 9, 1. Lorsque l'empereur Claude, pour liquider les procès en cours, annonce par un édit qu'il statuera dans la procédure de l'*eremodicium*, si l'une des parties fait défaut (Dion, 60, 28, plus précis que Suétone, *Claud*, 15), il vise sans doute les appels dans des affaires capitales, parce que l'application de cette procédure était évidente dans les affaires civiles et dans les affaires criminelles de peu d'importance. D'après le papyrus de Berlin (II p. 154 n. 2), la sentence peut également être rendue en l'absence de l'une des parties, mais à la condition que la première sentence soit confirmée ou modifiée au profit de la partie qui a comparu ; il n'est pas permis dans ce cas de la modifier au profit de la partie défaillante.

(2) Ammien, 28, 1, 26.

(3) Dioclétien, *Cod.*, 7, 62, 6, 4 : *arbitramur eum, qui malam litem fuerit persecutus, mediocriter poenam a competenti judice sustinere.* Les indications plus anciennes de Tacite, *Ann.*, 14, 28, et de Paul, 5, 34, 2, ne visent sans doute que l'appel du droit civil.

fet est de porter l'affaire devant un autre tribunal (1). Cette
(474) institution se lie si étroitement aux questions générales de droit public qu'il suffit en droit pénal, où l'on ne peut prétendre exposer les détails, de résumer les explications données sur ce sujet dans le droit public.

D'après le droit originaire — c'est-à-dire, pour exprimer cette idée à la manière romaine, d'après le droit de l'époque royale — le juge répressif a le droit, mais n'est pas obligé, de donner suite à l'appel au peuple et la souveraineté populaire trouve ici son expression dans ce fait que le roi et son mandataire sont tenus, dans l'exercice des fonctions judiciaires,

---

(1) *Provocare* désigne dans son acception technique, comme terme corrélatif de *prodicere*, le transfert du litige devant un autre siège judiciaire. C'est ainsi que dans le langage juridique il est surtout employé pour désigner la réclamation d'un débat judiciaire (*sacramento provocare aliquem ;* Gaius, 4, 16. 95; *sponsione provocare* : Gaius, 4, 93. 165. 166; *ad judicium provocare* : *Dig.*, 50, 17, 63 et ailleurs; et la forme incorrecte au point de vue grammatical de *judicem provocare* : *Dig.*, 28, 8, 6). Le mot s'applique dans le même sens tant au transfert aux comices de la condamnation pénale du magistrat, dont nous parlons ici, qu'à la récusation du tribunal militaire pour cause d'incompétence que nous exposerons dans le paragraphe suivant et où cette expression se présente aussi comme terme technique (v. § suiv.). Cicéron (*De leg.*, 3, 3, 6, cpr. I p. 41 n. 2) embrasse avec grande liberté dans un zeugme sous cette expression l'appel d'un magistrat patricien à un autre et l'appel du magistrat au peuple. De même, l'emploi du mot chez Tite-Live, 2, 55, 5; 3, 56, 5, est plutôt une liberté de langage qu'une incorrection. Par contre l'appel n'est pas une *provocatio*, là où le tribunal d'appel ne fait que casser sans rendre un décret; c'est pourquoi ce terme n'est jamais employé pour désigner l'appel aux tribuns. On emploie également de préférence le mot *appellatio* pour désigner cet appel à l'empereur qui est issu non pas de l'*imperium* militaire, mais de l'intercession tribunicienne. D'une manière générale, dans les sources juridiques anciennes, le terme *provocatio* n'est usité que pour l'appel aux comices désormais tombé en désuétude (Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 4. 16. 18). Mais comme l'*appellatio* à l'empereur est toujours une instance de réformation, elle rentre aussi dans la notion de *provocatio ;* aussi ce dernier terme fut-il employé au moins depuis la fin du IIe siècle comme synonyme d'*appellatio ;* il en est ainsi dans le sénatus-consulte des dernières années de Marc-Aurèle (Bruns, *Fontes* 6, p. 198 l. 16), chez Aulu-Gelle, 4, 14. 6, 19, 3, chez Scaevola : *Dig.*, 17, 1, 60, *pr.* 45, 1, 122, 5. 49, 1, 28, 2 ; chez l'empereur Marc-Aurèle : *Dig.*, 49, 1, 1, 3 ; et plus tard très fréquemment : Paul, 5, 36, 1. *Dig.*, 1, 11, 1, 1. 3, 2, 6, 1. 35, 2, 11, 3. 48, 2, 18. 49, 1, 1, 3. 1. 18. tit., 3, 1, *pr.* tit., 4, 1, 4, pour ne citer que des textes où *appellare* et *provocare* sont employés l'un à côté de l'autre comme synonymes.

de suivre la loi pénale, tandis que le peuple peut en faire abstraction (1). — D'après le droit postérieur, — c'est-à-dire, dans un langage romain, d'après le droit de la République, — le juge répressif est obligé d'autoriser tout condamné qui le demande à introduire cette instance en grâce. Cette provocation ne fait pas disparaître la condamnation pénale, mais en (475)
suspend tout d'abord l'exécution. Elle est annulée, si le peuple ne l'approuve pas.

Les remarques suivantes délimitent et déterminent d'une manière plus précise le droit de provocation.

1. Ce droit appartient à tout citoyen romain mâle. La femme romaine en est privée d'après l'ancien droit; elle en jouit plus tard, du moins dans les actions d'amende (2). Ce droit compète à tout citoyen, même, semble-t-il, s'il n'a pas le droit de vote (3); le non citoyen, au contraire, ne l'a pas. Toutefois les Latins, qui à l'époque postérieure jouissent dans une certaine mesure du droit de prendre part aux comices, peuvent l'obtenir à titre de droit personnel en vertu d'une concession (4).

2. La question de la composition de l'assemblée populaire auquel reviendra le soin de juger a été l'un des premiers objets des luttes politiques de Rome. Plus tard, les condamnations capitales vont en principe devant les centuries et les procès d'amende devant les tribus (5).

3. La provocation n'est possible que contre les actes de juridiction publique dont elle fixe précisément la notion et le domaine d'application par opposition aux actes de coercition qui dépendent de l'arbitraire absolu du magistrat (6). Tous les

---

(1) *St. R.*, 1, 149. 2. 10 [*Dr. publ.*, 1, 171. 2, 10]. C'est ce que montre pour l'époque royale la légende d'Horace et pour l'époque républicaine l'attitude des magistrats investis de la plénitude des pouvoirs publics et soustraits à la provocation, c'est-à-dire des décemvirs (Tite-Live, 3, 3) et du dictateur de l'ancien temps (Tite-Tive, 8, 32-35).

(2) *St. R.*, 2, 114. 492. 3, 352. [*Dr. publ.*, 3, 130. 4, 186. 6, 1, 403].

(3) I p. 48 n. 1. Cpr. *St. R.*, 3, 577. [*Dr. publ.*, 6, 2, 190].

(4) *St. R.*, 3, 634 n. 3. [*Dr. publ.*, 6, 2, 257 n. 3].

(5) *St. R.*, 2, 297. 317. 3, 357. [*Dr. publ.*, 3, 342. 366. 6, 1, 409].

(6) *St. R.*, 1, 148. [*Dr. publ.*, 1, 169]. On peut définir la juridiction originaire du droit pénal une coercition limitée par la provocation.

actes de coercition au sens propre du mot accomplis par un magistrat, donc les sentences rendues par les détendeurs d'*imperium* à l'intérieur de la ville, lorsqu'elles appartiennent au domaine de la coercition (I p. 162 sv., 38 sv.), et toutes les sentences rendues par eux en dehors de la ville (1), ne donnent pas lieu à la provocation comitiale.

4. La provocation est possible contre tous les magistrats de la République qui participent à l'administration de la justice répressive publique, c'est-à-dire contre le duumvir de la perduellion (2), le questeur (3), le tribun de la plèbe (4), l'édile de la plèbe et l'édile curule (5), enfin contre le grand pontife (6) : elle a dans ces cas un caractère obligatoire. Elle n'a
(476) pas ce caractère et est par conséquent facultative, lorsqu'elle est dirigée contre un magistrat souverain, c'est-à-dire contre le roi ou son mandataire (7), contre le dictateur de l'ancien droit (8) et contre les magistrats investis d'un pouvoir constituant (9).

5. La provocation n'est pas possible contre la condamnation prononcée dans une action privée; elle est par suite également exclue dans la procédure de la *quaestio* copiée sur celle de l'action privée. Il est vrai que Ti. Gracchus (10) et, après la mort de César, M. Antoine (11) ont tenté d'étendre la provocation comitiale aux jugements des grands jurys ; mais ces

---

(1) *St. R.*, 1, 68. 3, 352. [*Dr. publ.*, 1, 77. 6, 1, 403].

(2) *St. R.*, 2, 615. [*Dr. publ.*, 4, 325].

(3) *St. R.*, 2, 540. [*Dr. publ.*, 4, 240].

(4) *St. R.*, 2, 297. 317. [*Dr. publ.*, 3, 342. 366].

(5) *St. R.*, 2, 475. 491. [*Dr. publ.*, 4, 167. 185].

(6) *St. R.*, 2, 59 n. 2. [*Dr. publ.*, 3, 67 n. 2]. Pour la pseudo-provocation du verdict des fétiaux, cpr. *St. R.*, 3, 338. [*Dr. publ.*, 6, 1, 386-387].

(7) *St. R.*, 2, 615 n. 1. [*Dr. publ.*, 4, 325 n. 1].

(8) *St. R.*, 2, 163. [*Dr. publ.*, 3, 186].

(9) *St. R.*, 2, 734. [*Dr. publ.*, 4, 461]. La justice martiale des consuls et du Sénat (*St. R.*, 3, 1240 [*Dr. publ.*, 7, 470]) appartient à cette catégorie, du moins d'après la conception du parti sénatorial.

(10) Plutarque, *Ti. Gracchus*, 16 : διδοὺς επικαλεῖσθαι τὸν δῆμον ἀπὸ των δικαστῶν.

(11) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 21 : *altera promulgata lex est, ut de vi et majestatis damnati ad populum provocent.* Consulter sur la suppression de cette provocation *ibid.*, 13, 3, 5. Dion, 46, 36.

innovations n'ont pas été consacrées par des lois ou ne l'ont été que passagèrement.

6. La provocation peut avoir lieu contre toute espèce de répression, tant contre la peine de mort que contre une peine pécuniaire (1). Ces peines, si l'on fait abstraction des moyens de coercition, sont d'ailleurs les seules que connaisse le droit pénal de l'époque républicaine. Celui-ci n'a peut-être admis au début que la peine de mort, de telle façon que la provocation se restreignit primitivement au procès capital (2).

7. La provocation comitiale, dont le champ d'application avait été considérablement restreint par l'apparition des *quaestiones*, disparut à l'avénement du Principat, qui, semble-t-il, supprima dès le début les comices judiciaires (3). La juridiction consulaire-sénatoriale de l'époque impériale remplace bien la provocation au point de vue politique, mais juridiquement elle est issue de la *cognitio* consulaire, et non de la provocation comitiale (4).

Pour les formes de la *provocatio*, il suffit de renvoyer à (477)
l'exposé que nous en avons donné dans le Livre II (I p. 173 sv.)
à propos des procès relevant des magistrats et des comices.

Demande de grâce.

Au point de vue du fond, il ne peut être question de motifs juridiques qui justifient la provocation. La cassation de la condamnation pénale que demande le condamné est un acte de souveraineté. Le magistrat a répondu affirmativement sur la question de culpabilité et bien que cette question soit reprise dans la procédure préalable de l'*anquisitio* et que l'on s'efforce d'obtenir des comices un acquittement en amenant

---

(1) Il y a vraisemblablement, vis-à-vis des magistrats compétents pour intenter le procès d'amende relevant des magistrats et des comices, une limite maxima en deçà de laquelle ils infligeaient des amendes sans être soumis à la provocation (I p. 58-60).

(2) Lorsqu'un magistrat inflige à un citoyen romain des châtiments corporels ou la torture, la provocation aux comices n'est pas possible ; mais ces actes sont réprimés d'une manière analogue à la violation des règles de la provocation (*St. R.*, 1, 155. 3, 353. [*Dr. publ.*, 1, 177. 6, 1, 404]).

(3) *St. R.*, 3, 359 sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, 411 et sv.].

(4) Cela ressort notamment de ce fait que le Sénat ne gracie pas mais juge.

la majorité du peuple à la conviction que l'accusé n'est pas coupable, l'idée fondamentale qui domine cette procédure n'est pas celle d'une révision du procès, mais celle d'un pardon (1). Il saute aux yeux que la procédure devant les comices doit être considérée comme une réponse à une demande de grâce. Dans le procès de perduellion devant les duumvirs, c'est-à-dire dans la catégorie la plus ancienne et pour laquelle nous sommes le plus complètement renseignés sur les formes observées, cette procédure est expressément et nettement présentée comme tendant à supprimer un jugement rendu par un magistrat (2). Il est vrai que dans les récits de l'époque postérieure la peine prononcée n'apparaît plus comme un jugement du magistrat qui dirige le procès, mais comme une proposition faite par ce magistrat aux comices. Toutefois le magistrat qui défend sa sentence devant le peuple contre une demande de grâce présente précisément une proposition aux comices, ce qui n'exclut donc pas l'idée d'un jugement. Mais le fait le plus caractéristique est que les comices sont uniquement convoqués pour laisser au jugement sa valeur ou pour l'écarter, non pour juger, toute modification ou aggravation de peine étant ici exclue. Il n'y a là que la traduction juridique de l'idée de grâce.

7. La Provocation Militaire.

Provocation militaire.

(478) La provocation militaire est l'acte par lequel, en exécution d'une loi qui date vraisemblablement de l'époque des Gracques, on soustrait le citoyen romain à la coercition capitale du droit

(1) La légende d'Horace fait ressortir cette idée avec une très grande puissance : le crime commis est le plus grave qu'on puisse imaginer, le coupable est connu et avoue, mais l'excuse est le patriotisme qui rachète tout.

(2) Tite-Live, 1, 26. Suétone, *Caes.*, 12. Dion, 37, 27. La désuétude postérieure de la formule qui amena à concevoir l'acte du duumvir comme une condamnation nécessaire (*St. R.*, 2, 617, n. 5. [*Dr. publ.*, 4, 328, n. 3]) et l'absence de convocation d'un *consilium* (*St. R.*, 1, 310 [*Dr. publ.*, 1, 354]) ne doivent pas faire douter du caractère de l'instance devant les duumvirs.

de la guerre. Par sa nature, elle n'appartient pas aux incidents qui troublent l'application normale du droit ; mais l'identité de nom autorise déjà à la citer dans la liste de ces incidents à côté de la provocation comitiale dont nous avons déjà parlé. De plus, les deux provocations sont unies par les liens d'une étroite parenté politique : toutes deux tendent à protéger la vie du citoyen romain, la provocation comitiale dans la ville, la provocation militaire hors de celle-ci, et la récusation du général comme incompétent aboutit par ses conséquences au même résultat que la provocation comitiale. Enfin, le mot *provocatio*, qui a une valeur technique même pour la seconde institution (1), leur convient également à toutes deux ; car toutes deux requièrent le transfert du procès devant un autre tribunal. Mais ces deux institutions sont différentes au point de vue juridique. Par la provocation aux comices, on demande la suppression d'un jugement valable, la provocation militaire consiste dans la récusation d'un tribunal incompétent. Par la première, on réclame la décision du peuple, la seconde donne seulement la possibilité de porter le procès devant l'autorité compétente. La provocation aux comices disparaît avec la République en même temps que les comices perdent le droit de rendre des sentences, la provocation militaire subsiste sous le Principat et se transforme en une réclamation d'un jugement impérial, depuis que l'imperium militaire a été conféré sans restriction à l'empereur. Elle se rapproche par là de l'appel à l'empereur, mais s'en sépare en ce qu'elle n'exige pas comme celui-ci qu'il y ait déjà eu un jugement rendu (2). Le remplacement sous le Principat de la provocation aux comices, qui avait été sous la République le palladium de la liberté civique, par la provo-

(1) La valeur technique de ce mot, même dans son application à la seconde institution, est établie par les preuves citées 1 p. 34 n. 3, notamment par la monnaie avec *provoco* et par les paroles de Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 6 : *militiae ab eo qui imperabit provocatio ne esto.*

(2) Pour l'emploi postérieur du mot et son rapport avec le mot *appellare* cpr. II p. 160 n. 1.

cation militaire servit à dissimuler par la terminologie employée l'évolution de la république vers la monarchie. La nouvelle provocation prit d'ailleurs au fond la place de l'ancienne en ce sens que le droit de vie et de mort fut enlevé à la majorité des comices pour être remis entre les mains du chef suprême en qui la nation plaçait sa confiance.

8. La *Restitutio in Integrum.*

(479) Dans quels cas la condamnation peut elle être annulée ?

La condamnation pénale prononcée par un magistrat dans une procédure de *cognitio* a bien l'autorité de chose jugée et la force exécutoire, mais elle n'est jamais irrévocable au sens juridique du mot. Comme toute autre décision d'un magistrat, la sentence rendue sur les conséquences juridiques d'un délit peut, avant l'exécution, être retirée à toute époque par le magistrat lui-même ou par son successeur. Après l'exécution, bien qu'on ne puisse pas faire que ce qui a eu lieu ne soit pas arrivé, la sentence est cependant annulée dans la mesure où cela est possible en fait, c'est-à-dire que l'amende payée est restituée et que la dégradation prononcée est effacée (1). Ces actes rentrent, comme ceux de la coercition, dans le domaine de l'administration et n'ont rien à faire avec le service de la justice au sens formel du mot. L'irrévocabilité de la chose jugée se restreint d'après la conception romaine, d'une part, à l'acquittement prononcé par les comices et, d'autre part, au jugement rendu par un ou plusieurs jurés. Toutefois on assimila plus tard aux sentences des jurys les jugements des

---

(1) Si d'après Cicéron, *Verr.*, 2, 44, 109, la condamnation du gouverneur de province Cn. Dolabella dans un procès de *repetundae* renfermait en elle-même la rescision d'une sentence rendue à tort par ce magistrat contre Philodamus (*judices... damnationem Philodami Opuntii resciderunt*), le jury de *repetundae* ne peut pas prononcer cette nullité, mais seulement la supposer. Un rescrit des empereurs Septime Sévère et Antonin nous dit dans le même sens (*Dig.*, 48, 19, 27, *pr.*) *non solere praesides provinciarum ea quae pronuntiaverunt ipsos rescindere;* même lorsqu'il paraît convenable de prononcer la nullité, il est au moins une personne qui ne s'y résoudra pas facilement, c'est le magistrat qui a statué. Il faut entendre de la même manière les *judicia rescissa* dont il est question chez Suétone, *Claud.*, 29.

magistrats dans la mesure où ceux-ci se substituèrent aux jurys. — Le langage juridique désigne les exceptions à cette règle sous le nom de « rétablissement dans l'état antérieur » ou *restitutio in integrum* (1.) Celle-ci peut résulter soit d'un nouveau débat judiciaire, soit d'une disposition législative.

Procédure de nullité contre la sentence d'un jury.

Le renouvellement d'un débat judiciaire à la suite d'un jugement rendu dans une procédure d'accusation est contraire à l'essence même de l'ordre juridique (II p. 132), qu'il s'agisse d'une condamnation (2) ou d'un acquittement. En effet, dans cette procédure pénale l'accusateur représente la communauté, de telle sorte que la sentence rendue empêche le renouvellement du procès, non seulement de la part de cet accusateur, mais même ordinairement de la part de toute autre personne, bien que, d'après le droit postérieur, l'autorité de la chose jugée qui s'attache légalement à l'acquittement soit écartée à titre exceptionnel dans des cas particuliers pour les actions pénales publiques relatives à des intérêts personnels (3). Mais cette autorité de la chose jugée ne s'étend pas (480)

---

(1) *Lex Julia municipalis* l. 117 : *quei judicio publico Romae condemnatus est erit, quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est erit* (de même dans la *lex Julia de vi Coll.*, 9, 2 = *Dig.*, 22, 5, 3, 5) et souvent ailleurs. La grâce est ordinairement appelée par abréviation *restitutio*.

(2) Cette règle est contredite par une anecdote que nous rapportent Festus, p. 209, *v. pietati*, Val. Max., 5, 4, 7 et Pline, *H. n.*, 7, 36, 121. D'après ces récits, à l'endroit où M. Acilius Glabrio bâtissait en 563-191 un temple promis au cours de la bataille et qu'il dédiait à la Piété et où fut élevé ensuite le théâtre de Marcellus, il y aurait eu antérieurement une prison. Une femme (d'après Val. Max.; un homme, d'après Festus) condamnée à mort y aurait été enfermée. Le maître de la prison voulut l'y laisser mourir de faim, mais la fille de la prisonnière sauva sa mère en la nourrissant de son lait. Le maître de la prison porta le fait à la connaissance du préteur. Celui-ci soumit l'affaire au *consilium*, la femme fut graciée et des aliments publics furent alloués à la mère et à la fille. Cette anecdote fourmille d'anachronismes et d'invraisemblances. Il n'y a jamais eu de prison à cet endroit. Lorsqu'on rapporte que Glabrio en souvenir de cette fille dévouée consacra le temple de la victoire à la Piété, il y a là une invention absurde. Les jurys que suppose ce récit n'ont pas existé avant la loi Calpurnia. L'histoire de la grâce accordée est donc une duperie comme le reste.

(3) Ulpien, *Dig.*, 48, 2, 7, 2, permet, en cas d'acquittement, le renouvelle-

au jugement entâché de nullité. La reprise du procès est au contraire nécessaire dans la procédure des *quaestiones* comme dans l'action privée (1), lorsque la sentence a été obtenue injustement, c'est-à-dire par surprise ou par contrainte. Lorsque l'accusateur a, par collusion avec l'accusé, influencé injustement le jugement ou lorsque le tribunal saisi se décide sous la pression d'actes violents d'intimidation, le jugement obtenu par surprise (2) ou par violence (3) est privé de sa force, avec cette particularité que dans le premier cas les lois reconnaissent qu'il y a prévarication et écartent expressément l'autorité de la chose jugée. Les jurés qui ont rendu le verdict cassé sont de nouveau appelés, après changement de l'accusateur
(481) dans le premier cas, à instruire et à juger l'affaire. A ces deux cas de restitution qui remontent à l'époque républicaine, il y a peut être lieu d'ajouter pour l'époque postérieure l'hypothèse où le juge s'est rendu coupable d'une faute dans l'administration de la justice (4).

---

ment de l'action par un tiers *magna ex causa, si is qui nunc accusator extitit suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam*; mais le motif invoqué (*quoniam res inter alios judicatae alii non praejudicant*) n'est nullement exact pour l'action pénale publique. La formule que l'on trouve chez Paul, 1, 6 b, 3, est encore plus surprenante: *crimen, in quo alius destitit vel victus recessit, alius obicere non prohibetur.*

(1) Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 49 : *si judicatum negaret, in duplum iret.* C'est ce que Paul, 5, 5, 7. 8, nomme *in duplum revocare.* Ce doublement du montant de l'action ne cadre pas en principe avec la procédure des *quaestiones.*

(2) La *lex repetundarum* excepte ainsi la prévarication II p. 77 n. 3. Caelius, *Ad fam.*, 8, 3, 3 : *mittit in consilium eosdem illos qui lites aestimarant judices.* Macer, *Dig.*, 47, 15, 3, 1 : *cavetur lege Julia publicorum, ut non prius accusetur, quam de prioris accusatoris praevaricatione constiterit et pronuntiatum fuerit.*

(3) Dans Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 49, l'accusateur affirme *recuperatores vi Flacci* (de l'ancien gouverneur de province) *coactos et metu falsum invitos judicavisse.* Là-dessus le successeur de ce gouverneur décide : *si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores.* Il s'agit ici d'une action privée. Cette règle aurait pu être appliquée sans hésitation à la procédure des *quaestiones*, bien qu'on comprenne que les législateurs romains n'aient pas mentionné dans les lois pénales la possibilité d'éventualités de ce genre dans la ville de Rome.

(4) *Vita Marci*, 24 : *capitales causas hominum honest[i]orum ipse cognovit ac quidem summa aequitate, ita ut praetorem reprehenderet, qui cito reorum cau-*

Rescision légale de la condamnation ayant force de chose jugée

En faveur de la recevabilité de la rescision par loi spéciale du jugement rendu par les comices ou par un jury, on peut invoquer la règle du droit public reconnaissant aux comices la puissance souveraine. Mais si nous faisons abstraction des troubles du dernier siècle de la République, le peuple romain n'a fait usage de ses pouvoirs que comme s'ils étaient limités en fait (1). L'une des restrictions les plus durables, d'où procède vraisemblablement la distinction du droit public entre la loi votée par le peuple et le jugement rendu par lui, se manifeste précisément dans ce fait que la toute puissance des comices, incontestée au point de vue des principes, n'est jamais utilisée au regard des actes de juridiction ayant force de chose jugée. Cette toute puissance est un de ces droits politiques nécessaires, mais qui ne doivent pas être exercés. C'est sur l'irrévocabilité de la décision du tribunal populaire que repose le caractère profondément tragique de la légende de Coriolan (2); c'est sur l'irrévocabilité de la sentence des jurys que se fonde le refus solennel opposé par P. Rutilius Rufus à l'offre que lui faisait Sylla de rescinder une sentence rendue contre lui (3). (482)
Les Romains, même encore dans les derniers temps de la République, regardaient avec un juste mépris la politique impuissante et étroite des petits États helléniques qui entraînait

---

sas audierat juberetque illum iterum cognoscere, dignitatis eorum interesse dicens, ut ab eo audirentur, qui pro populo judicaret. Il y a dans ce récit une confusion, car la *cognitio* de l'empereur et la reprise du procès par le préteur s'excluent l'une l'autre. Il est vraisemblable que la *cognitio* ne se rapporte pas au procès principal, mais a pour but d'établir que le procès a été conduit avec légèreté et tend par suite à la rescision du jugement rendu.

(1) *St. R.*, 3, 334 sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, 381 sv.].

(2) Il est absolument impossible de comprendre cette légende, si l'on ne fait pas apparaître à l'arrière plan l'irrévocabilité de l'exil. Denys d'Hal. (8, 21; d'après lui, Plutarque, *Cor.*, 29) fait proposer le rappel de Coriolan par les chefs de la plèbe; mais les patriciens s'opposent à ce projet en se fondant sur l'irrévocabilité des sentences. Cette proposition qui n'est pas relatée ailleurs est encore anormale pour d'autres raisons, comme Denys le remarque lui-même, mais elle concorde avec la tendance principale du récit.

(3) Valère Max., 6, 4, 4 : *ne quid adversus leges faceret.* Ovide, *Ex Ponto*, 1, 3, 63. Sénèque, *De benef.*, 6, 37. Quintilien, 11, 1, 12.

naturellement à tout changement de gouvernement la rescision des condamnations pénales désapprouvées par les nouveaux maîtres du jour (1). Si nous faisons abstraction de quelques falsifications notoires (2), la suppression par les comices d'une sentence rendue par le peuple ou par un jury contre des personnes isolées n'a eu lieu, avant l'époque de Sylla, tout au plus que trois fois et, si l'on y regarde de près, ne s'est produite en réalité qu'une seule fois (3). La restitu-

---

(1) Cicéron, *Verr.*, 5, 6, 12 : *perditae civitates desperatis jam omnibus rebus hos solent exitus exitiales habere, ut damnati in integrum restituantur, vincti solvantur, exules reducantur, res judicatae rescindantur ; quae cum accidunt, nemo est quin intelligat ruere illam rem publicam.* Le même, *De lege agr.*, 2, 4, 10 : *neque illa popularia sunt existimanda judiciorum perturbationes, rerum judicatarum infirmationes, restitutio damnatorum, qui civitatum adflictarum perditis jam rebus extremi exitiorum solent esse exitus.* Tel était le langage de cet orateur avant son propre bannissement ; plus tard son ton se modifie, bien qu'à l'occasion des restitutions de César il flétrisse énergiquement le *res judicatas irritas facere* (*Phil.*, 11, 5, 11).

(2) Quant à l'exil de Camille avec tous ses détails sentimentaux empruntés au droit public (Tite-Live, 5, 46 et ailleurs), il n'est pas douteux qu'il soit inconnu des vieilles annales et qu'il soit une fiction née au plus tôt à l'époque de Sylla (Mommsen, *Röm. Forsch.*, 2, 321, sv. 453). L'éloquent compagnon d'infortune de Camille, dans sa demande de restitution adressée au collége des pontifes, fait valoir deux autres précédents (*De domo*, 32, 86) : celui de Céson Quinctius, poussé à l'exil à raison d'un faux témoignage et celui d'Ahala, le prétendu meurtrier du tyran *Sp. Maelius* (cpr. sur ces deux cas, Mommsen, *Röm. Forschungen*, 2, 212), et affirme les avoir trouvés dans les annales ; il les a en réalité bien plutôt inventés. Les deux récits sont agencés de telle façon que le retour des héros dans leur patrie s'y incorpore parfaitement, mais les autres versions ignorent complètement ce retour. Sans doute, Cicéron fait dire à Atticus (*Brut.*, 11, 42) : *concessum rhetoribus est, ementiri in historia.* On peut aussi admettre les amplifications habituelles du récit en cas d'insuffisance des sources ; mais falsifier l'histoire dans son propre procès, comme le fait Cicéron, c'est là un acte qui mérite d'être recommandé à la méditation sérieuse de ceux qui veulent faire renaître le culte du grand orateur romain.

(3) La seule exception certaine est le rappel de P. Popilius banni lors de la catastrophe de Ti. Gracchus. Le chef du Sénat, L. Opimius, n'osa pas encore, après la chute de C. Gracchus, proposer le rappel de Popilius (Cicéron, *Cum pop. gr. eg.*, 5, 11). C'est seulement plus tard, à une époque inconnue de nous, qu'un tribun de la plèbe, C. Calpurnius Bestia, sur lequel nous n'avons pas d'autre renseignement, proposa la loi du rappel (Cicéron, *Brut.*, 34, 128 ; cpr. *De domo*, 32, 87 ; *Cum pop. gr. eg.*, 3, 6 ; *Cum. sen. gr. eg.*, 15, 37 ; *Schol. Bob. in or. de aere al. Milonis*, p. 347). — La restitution de Q. Metellus Numidicus en 655/99 (Drumann, *Gesch. Roms*, 2, 40)

tion en masse à la manière grecque apparaît pour la première fois comme une des répercussions de la Guerre Sociale en 666/88 (1) et plus tard, sous la dictature de César, en 705/49 (2). Nous avons déjà vu (II p. 162) que la tentative faite à l'époque des Gracques et renouvelée après la mort de César pour soumettre dans certains cas les sentences des jurys à la provocation aux comices a échoué dans les deux cas. (483)

Restitutio in integrum sous le Principat.

Avec l'avénement du Principat, l'irrévocabilité de la chose jugée disparaît. La restriction ou plutôt la suppression en fait de ce principe par l'introduction des degrés d'instance entre du même coup dans la catégorie des moyens ordinaires de procédure, mais, d'autre part, le droit de modifier ou de

---

est de nature différente; car celui-ci n'avait pas renoncé au droit de cité à raison d'une condamnation, mais avait perdu ce droit pour avoir refusé le serment que la loi Appuleia prescrivait de prêter sous peine de perdre le droit de cité. Néanmoins le retard apporté à accorder cette restitution et les difficultés d'application qu'elle soulève (Diodore, 36, 16) montrent combien un tel précédent, bien qu'il ne fût pas complètement pertinent, paraissait dangereux aux hommes d'État. — Il en est de même du rappel de Cicéron, dont nous parlerons dans le Liv. V à propos de la rupture de ban. — Nous n'avons pas à considérer ici la restitution ordonnée par la loi et qui compte au nombre des récompenses accordées aux accusateurs (cpr. Sect. X. du présent Liv..)

(1) La plus vieille loi de ce genre est la loi Sulpicia, provoquée par les procès de lèse-majesté que suscita la Guerre Sociale (Tite-Live, *Ep.*, 77 ; *Rhet. ad Her.*, 2, 28, 45; Drumann, 2, 436) et reprise ensuite par Cinna (Drumann, 2, 581. 584). — Dans les luttes postérieures de Marius et de Sylla les deux partis adverses ont bien pris en fait des mesures de ce genre, mais ni les partisans de Marius (Cicéron, *Cum sen. gr. eg.*, 15, 38, *Cum pop. gr. eg.*, 4, 10) ni ceux de Sylla ne se sont fait restituer par voie législative, des deux côtés on traitait les mesures prises par l'adversaire comme nulles en droit. — Un projet de loi tendant au rappel de quelques-uns de ceux qui avaient été condamnés comme complices de Catilina fut retiré (Cicéron, *Pro Sulla*, 22; Dion, 37, 25).

(2) Drumann, 3, 472 sv. Un rapport de César lui-même, plein d'atténuations et d'excuses, nous montre qu'il avait parfaitement conscience des conséquences regrettables de pareilles mesures, inévitables cependant de la part d'un chef de parti (*B. c.*, 3, 11; cpr. Cicéron, *Phil.*, 11, 5, 11). Par suite, la restitution ne fut accordée qu'à ceux qui avaient fait l'objet d'une condamnation pénale, sur le fondement des lois provoquées par le meurtre de Clodius, mais sans contredit très critiquables à raison notamment de leur effet rétroactif. En fait, le rappel des bannis a eu manifestement lieu dans une mesure beaucoup plus large. A noter aussi la déclaration de Cicéron, *Phil.*, 2, 23, 56, sur les causes qui donnent droit à la restitution.

(484) supprimer à titre extraordinaire la condamnation pénale ayant force de chose jugée est traité en théorie et en pratique comme rentrant dans le pouvoir législatif. Il en résulte que la tentative souvent faite d'exclure l'instance de grâce au regard de certaines peines (1) échoue, parce que le pouvoir législatif n'est pas en état de se lier lui-même pour l'avenir. Comme autre conséquence, on trouve fréquemment sous le Principat des atténuations de peine et des grâces, — on ne rencontre qu'à titre isolé et comme abus des aggravations de peine prononcées après coup (2), — tandis que de pareils faits étaient rares sous la République. Ce pouvoir législatif n'appartient pas aux autorités exclusivement compétentes pour l'administration de la justice, en tant du moins que l'acte à rescinder ne peut pas être considéré comme ayant un caractère simplement administratif (3). L'organe régulier pour l'octroi des grâces comme pour toute abolition du même genre (II p. 138 n. 1) est le Sénat (4) ; mais elles sont très souvent accordées par le souve-

---

(1) *C. Theod.*, 9, 32, 1 (= *C. Just.*, 9, 38, 1); 12, 1, 85 (= *C. Just.*, 10, 32, 33) : *perpetua infamia. Cod.*, 1, 2, 14, 6 [3] : *irrevocabilis exilii animadversio.* tit., 3, 14. *Nov.*, 7, 7.

(2) Il faut faire abstraction ici de l'augmentation de la peine au cours de la délibération sur la peine à appliquer (Tacite, *Ann.*, 4, 31) et de celle qui a lieu à raison de délits commis postérieurement (Tacite, *Ann.*, 4, 21). Mais sous Tibère on retire de son île un condamné à la déportation pour l'enfermer dans une prison de la capitale (Tacite, *Ann.*, 6, 3).

(3) Nous voyons dans Pline la peine de la relégation levée par le gouverneur même qui l'a infligée (*Ad Traj.*, 56. 57) et des condamnations pénales prononcées par des autorités municipales rescindées par des magistrats romains (*Ad Traj.*, 31, 32). Mais Trajan dans son instruction défend à Pline de supprimer dans l'avenir la relégation, qu'elle ait été prononcée par d'autres gouverneurs de province ou par Pline lui-même, et cette règle persista dans la suite (*Dig.*, 48, 18, 1, 27. tit. 19, 27. *Cod.*, 9, 47, 15). Il faut faire remarquer ici que la relégation était au début plutôt un acte d'administration qu'un acte de juridiction criminelle. — Chez Suétone, *Vit.*, 8, il s'agit sans doute de sentences appartenant au droit de la guerre. — Je suis allé trop loin à cet égard dans *St. R.*, 2, 884 [*Dr. publ.*, 5, 161].

(4) Suétone, *Claud.*, 12 : *neminem exulum nisi ex senatus auctoritate restituit. Vit. Pii*, 6 : *iis quos Hadrianus damnaverat, in senatu indulgentiam petiit. Dig.*, 3, 1, 1, 10. 48, 10, 5. *Cod.*, 9, 23, 3. Pour rendre plus difficile à son successeur la levée d'une peine qu'il inflige, Auguste en fait confirmer l'application par le Sénat (Suétone, *Aug.*, 65).

rain lui-même, surtout lorsqu'elles se présentent comme des faveurs personnelles (1). La grâce n'est pas seulement octroyée à des personnes isolées (2), elle est aussi maintes fois donnée à des groupes. Cela a surtout lieu après la chute des (483)
tyrans, lorsqu'on s'efforce d'effacer le plus possible les abus qui ont été faits de la justice (3), et dans les abolitions prononcées à l'occasion de fêtes spéciales. Le gouvernement peut accorder une telle grâce soit sur sa propre initiative, soit à la suite d'une demande qui lui en a été faite. Toutefois cette dernière n'a pas d'effet suspensif et dans certains cas il est défendu aux autorités de transmettre de telles demandes (4).

Effets de l'*integrum restitutio*.

Bien que l'atténuation des peines et la grâce, en leur qualité de mesures extraordinaires, voient toujours leur portée déterminée par l'acte qui les accorde, elles ont cependant eu lieu si fréquemment qu'on peut tenter de déterminer d'une manière plus précise l'étendue régulière des droits (5) qui, sous

---

(1) Marcien, *Dig.*, 48, 19, 4 : *nemo potest commeatum* (interruption avec congé) *remeatumve dare exuli nisi imperator ex aliqua causa. Dig.*, 3, 1, 1, 10. 48, 19, 31. *Cod.*, 9, 23, 3. c. 5. Suétone, *Oth.*, 2. Des grâces d'ensemble ont souvent aussi été accordées de cette manière (Suétone, *Gai.*, 15; Tacite, *Ann.*, 14, 12; Hérodien, 7, 6, 4).

(2) Dans *Cod.*, 9, 51, 1, l'empereur Caracalla reçoit les hommages des fonctionnaires de sa cour et de sa suite et on lui présente alors un déporté auquel il dit : *restituo te in integrum provinciae tuae*, et ajoute en outre : *ut autem scias, quid sit in integrum, honoribus et ordini tuo* (au Sénat municipal) *et omnibus ceteris.* Autres exemples de restitutions de ce genre : Tacite, *Ann.*, 12, 8. 13, 11. 14, 12. Pline, *H. n.*, 29, 1, 22. Pline, *Ad Traj.*, 60. Dion, 76, 5, et ailleurs.

(3) Auguste : Dion, 48, 29 (Cpr. Suétone, *Ner.*, 3). Caligula : Dion, 59, 6 (l'élargissement dont il est ici question se rapporte principalement à la détention en vue de l'exécution). Claude : Dion, 60, 4. Galba : Zonaras, 11, 14. Vespasien : Dion, 66, 9. Nerva : Zonaras, 11, 20; Pline, *Ep.*, 4, 9, 2. Gordien I : Hérodien, 7, 6, 4. Constantin pour les chrétiens : Sozomène, *H. e.*, 1, 8. On trouve une constitution générale de ce genre pour l'année 400 : *C. Th.*, 9, 38, 10.

(4) *C. Theod.*, 9, 40, 4 = *C. Just.*, 9, 47, 18. On inflige des peines pécuniaires aux *officiales* qui présentent des demandes de grâces irrecevables. (*C. Th.*, 11, 36, 31).

(5) Quintilien, 7, 1, 60 : *an restitutio pro sublatione judicii sit et perinde valeat ac si judicium non fuisset.* C'est la restitution *per omnia* (Paul, 4, 8, 22; *Inst.*, 1, 12, 1), qui ne comprend pas toutefois la restitution du patrimoine.

le Principat, étaient liés à la *restitutio in integrum*. En particulier, il y a lieu de se demander quelle est la répercussion de l'octroi de la grâce sur les conséquences juridiques que la condamnation produit au regard des tiers.

1. La renonciation au droit de cité n'ayant pas pour cause la condamnation pénale, mais une décision prise librement par l'accusé en vue d'atténuer les effets de cette condamnation, la réintégration dans la communauté de citoyens ne résulte pas de plein droit de la rescision de la condamnation. Mais comme il s'agit d'un octroi de grâce législatif, cette réintégration est constamment accordée par l'acte de restitution.

(486) 2. La restitution rend en principe la situation qu'on avait antérieurement en droit privé (1). Toutefois, au point de vue de la puissance paternelle, la question est discutée de savoir, si l'enfant en puissance devenu libre par la condamnation d'un ascendant se trouve remis en puissance par la restitution accordée à celui-ci (2). De même, la restitution ne s'est pas toujours étendue aux droits de patronat, bien que les difficultés qu'on rencontre ici soient moins graves que dans le cas précédent (3).

3. L'honorabilité civique, telle qu'elle est requise pour jouer le rôle de témoin public (4) ou celui de représentant judiciaire (5), de même que le droit de siéger dans l'assemblée d'empire ou dans une assemblée municipale et le droit de briguer

---

(1) Paul, 4, 8, 22 : *neque sui neque legitimi heredis jus (amittunt)... qui in insulam deportantur vel servi poenae effecti sunt, si per omnia in integrum indulgentia principis restituantur.* Applications : *Dig.*, 28, 3, 6, 12. 32, 1, 5. 34, 1, 11. 35, 1, 104. 37, 1, 13. tit. 4, 1, 8. 9. 48, 23, 4.

(2) Constantin parle de la controverse au *C. Th.*, 9, 43, 1 = *C. Just.*, 9, 51, 13, et la tranche, comme Justinien lui-même, *Inst.*, 1, 12, 1, principalement en faveur du père; l'opinion contraire est adoptée par les constitutions contenues au *Cod.*, 9, 51, 6. c. 9. La dernière de ces constitutions exige une disposition expresse pour que la restitution ait cette portée.

(3) *Dig.*, 2, 4, 10, 6. 37, 14, 21, *pr.* 38, 2, 3, 7. 48, 23, 1. Ceux qui avaient été restitués par Galba ne recouvrèrent les droits de patronat que sous Othon (Tacite, *Hist.*, 2, 92).

(4) Ainsi dans la *lex Julia de vi Coll.*, 9, 2, 2. = *Dig.*, 22, 5, 3, 5, et dans la *lex Julia de adulteriis, Dig.*, 48, 5, 25, *pr.*

(5) *Dig.*, 3, 1, 1, 9.

les magistratures (1) sont recouvrés par la restitution, lorsqu'ils ont été perdus en vertu d'une condamnation prononcée dans un procès pénal. Comme exemples, on peut citer en première ligne la restitution provoquée par César (2) et d'une manière générale toute restitution ayant un caractère plus ou moins politique. Il faut par contre noter, notamment pour les restitutions en masse de l'époque postérieure, que le recouvrement de l'honorabilité civique n'est nullement lié d'une manière absolue à la levée de la peine (3). — Suivant l'ancienne réglementation des magistratures, la restitution ne s'étendait pas à la charge que la condamnation avait pu faire perdre. Plus tard, lorsque le système de la permanence des fonctions se développa pour les emplois subalternes, on laissa aux condamnés la faculté de rentrer dans leur fonction ; c'est du moins ce qui eut lieu lors de (487)
la restitution accordée par Constantin à ceux qui avaient été condamnés à raison de leur christianisme (II p. 173 n. 3).

4. Les droits patrimoniaux acquis par le fisc par suite de la condamnation subsistent malgré l'octroi de la grâce ; telle est du moins la présomption (4). Une clause spéciale est toujours nécessaire pour que le gracié recouvre le patrimoine qu'il a perdu, en supposant du moins que celui-ci n'ait pas été vendu (5), ou pour qu'il le recouvre complètement (6).

---

(1) *Dig.*, 50, 4, 3, 2 : *si in metallum damnatus in integrum restitutus sit perinde ac si nec damnatus fuisset, ad munera et honores vocatur.* Caracalla, *Cod.*, 9, 51, 1, interprète la restitution même par les mots : *ut scias quid sit in integrum, honoribus et ordini tuo et omnibus ceteris. Dig.*, 1, 9, 2.

(2) Suétone, *Caes.*, 75. Appien, *B. c.* 2, 107. Plutarque, *Caes.*, 57. La *lex Julia municipalis* l. 118 en tire la conséquence. Drumann, 3, 412.

(3) *C. Th.*, 9, 38, 5 = *C. Just.*, 9, 43, 3. *C. Just.*, 9, 51, 7.

(4) II p. 173 n. 5. Tacite, *Hist.*, 2, 92. *Dig.*, 48, 23, 2. l. 3. *Cod.*, 9, 49, 1. tit., 51, 2. c. 3. c. 4. c. 5.

(5) Telle est la règle formulée par l'empereur Othon. Tacite, *Hist.*, 1, 90 Plutarque, *Oth.*, 1.

(6) *Dig.*, 48, 23, 2. l. 3. *Cod.*, 9, 51, 11. c. 12. Dion, 60, 4. Constantin, *Cod. Theod.*, 9, 43, 1 (= *C. Just.*, 9, 51, 13) pose cette règle et l'a suivie au regard des chrétiens (II p. 173 n. 3).

9. Délais de la procédure Pénale.

La loi peut fixer des délais dans la procédure pénale tant pour le cours du procès que pour son ouverture.

Nous avons déjà exposé à propos de l'abolition (II p. 135) dans quelle mesure l'action pénale publique, dès qu'elle est engagée, se trouve limitée par la durée des fonctions du magistrat qui dirige l'instance. Si nous faisons abstraction de cette règle, nous trouvons encore des délais *maxima* fixés par la loi pour différentes phases du procès, par exemple pour l'intervalle entre le jugement définitif et l'interjection de l'appel auprès du tribunal inférieur (II p. 157) et pour l'intervalle entre cette dernière et l'introduction du procès auprès du tribunal supérieur (II p. 158). Ces délais ont été indiqués à ces endroits. En principe, les lois pénales ne connaissent pas de délais *maxima* fixés pour l'ensemble du procès. Quant au temps que durèrent en fait les procès criminels, nous n'avons pas de renseignements suffisants ; sous la République et au début de l'Empire, il ne paraît pas avoir été exagéré (1). Des lois municipales de l'époque de César disposent que le jury une fois constitué doit rendre le jugement décisoire dans l'espace de vingt jours à compter du moment de son éta-
(488) blissement (2). Il semble qu'à l'époque postérieure les procédures de *cognitio* et d'accusation aient fréquemment traîné en longueur. En conséquence, le tribunal prit l'habitude dans la procédure d'accusation de fixer à l'accusateur, au moment où il engageait le procès, un délai d'un ou de deux ans dans l'espace

(1) Le procès de *repetundae* intenté en 700/54 contre M. Aemilius Scaurus, gouverneur de Sardaigne, fut engagé le 6 juillet. Scaurus briguant en même temps le consulat, l'enquête n'eut pas lieu et le procès fut activé. Tout était terminé le 2 septembre (Asconius, p. 18. 19). Lorsque des limites eurent été posées par la loi à l'ampliation (II p. 103) les procès n'ont pas pu durer très longtemps, à moins qu'on n'ait accordé des délais étendus pour l'enquête (II p. 70)

(2) *Lex coloniae Genitivae*, c. 95. Cpr. I p. 214 n. 1. Le délai de dix-huit mois fixé par la *lex Julia judiciaria* pour les *judicia legitima* (Gaius, 4, 104) a dû se restreindre aux *judicia privata* et par conséquent n'avoir que peu d'importance pour le droit pénal.

duquel il devait conduire le procès à son terme (1). Sous Constantin I, ce délai se transforma en un délai légal qui commençait à courir à partir de la *litis contestatio*. La durée de ce délai fut d'abord d'un an (2); Justinien la porta à deux ans. Désormais, le procès dut être terminé dans ce laps de temps. L'accusateur qui manquait à cette obligation encourait la peine de la tergiversation ou même dans certains cas une peine plus élevée (3).

Dans les actions privées délictuelles créées par le préteur, aux cas d'injure (4) et de corruption dans un procès (5), l'action dut être intentée dans un délai d'un an à compter du délit. Par contre, les lois de la République (6) et du début de l'Empire n'admettaient guère plus en général la prescription des actions pénales publiques que le droit civil ne connaissait la prescription des obligations. Par exception, une prescription de ce genre fut établie pour les détournements de deniers publics depuis une époque qui ne nous est pas connue (7) et pour l'adultère depuis que celui-ci fit l'objet d'une répression au

---

(1) Paul, *Dig.*, 48, 16, 6, 2 : *destitisse videtur, qui intra praefinitum accusationis a praeside tempus reum suum non peregit* (cpr. *Dig.*, 48, 5, 2, *pr.* : *peregisse non alias quis videtur, nisi et condemnaverit*). Echappent à la peine du désistement, ceux *qui post inscriptionem ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint variis praesidum occupationibus vel etiam civilium officiorum necessitatibus districti.* (*Dig.*, 48, 16, 15, 5). Il est vrai que d'après ce texte le délai ne paraît pas donné pour poursuivre l'action, mais pour l'introduire. Cpr. *Dig.*, 50, 1, 21, 5. tit. 4, 7, *pr.*

(2) Constantin I, *C. Th.*, 9, 19, 2, 2 (= *C. Just.*, 9, 22, 22, 2). Honorius, *C. Th.*, 9, 36, 2 (= *C. Just.*, 9, 44, 2).

(3) II p. 62 sv. Justinien, *Cod.*, 3, 1, 13, *pr.*, 9, 44, 3 cpr. 9, 4, 6. Les textes cités dans n. 2 ont été interpolés en ce sens dans le Code de Justinien.

(4) *Dig.*, 47, 10, 17, 6. *Cod.*, 9, 35, 5. Par contre, l'action pour cause de vol manifeste n'est pas traitée comme prétorienne, parce que le préteur n'a pas introduit ici la répression, mais a simplement modifié la peine (Gaius, 3, 189).

(5) *Dig.*, 3, 6, 1, *pr.* l. 6.

(6) C. Rabirius est cité devant le tribunal du peuple en 691/63 à raison du meurtre du tribun de la plèbe commis en 654/100, sans qu'on fasse valoir comme obstacle juridique le long laps de temps écoulé depuis le crime.

(7) *Dig.*, 48, 13, 9. Au début, le *furtum publicum* a certainement été traité à cet égard comme le *furtum privatum*. La prescription rapide a manifestement été introduite pour écarter la chicane.

(489) criminel (1). Elle est dans les deux cas de cinq ans. Plus tard, peut-être sous l'influence de la règle d'après laquelle toutes les actions fiscales s'éteignent lorsqu'elles ne sont pas exercées dans un délai de vingt ans (2), on a adopté ce même délai de prescription pour les actions criminelles en général (3). Cette règle semble toutefois ne pas s'être étendue aux actions criminelles pour cause de parricide (4) et d'apostasie (5). Ces dernières rentraient avec les actions privées délictuelles (6), à l'exception toutefois des quelques actions privées découlant de l'édit du préteur et mentionnées plus haut, dans la catégorie des actions perpétuelles (*actiones perpetuae*) et ne furent soumises qu'à la prescription générale de trente ans depuis la constitution de Théodose II (7).

---

(1) Cpr. la section de l'adultère. Lorsque ce crime se double d'un inceste, la seconde action subsiste après l'expiration du délai de cinq ans (*Dig.*, 48, 5, 39, 6).

(2) *Dig.*, 44, 3, 13. 48, 17, 2, 1. l. 3. 49, 14, 1, 3, où l'on cite en ce sens une constitution de Titus. L'influence du procès fiscal sur l'action criminelle est admissible, tandis qu'il n'y a aucune analogie entre la nouvelle règle posée pour les actions criminelles et l'impossibilité d'exercer la revendication entre habitants de différentes provinces, lorsqu'on l'a laissé sommeiller pendant vingt ans.

(3) Dioclétien, *Cod.*, 9, 22, 12 : *querella falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur nisi XX annorum exceptione sicut cetera quoque fere crimina*. Nous ne trouvons pas d'autre indication.

(4) L'action pour cause de *parricidium Dig.*, 29, 5, 13 = 48, 9, 10, dans la pensée de l'auteur de ce texte, s'appelle certainement *perpetua* par opposition au délai de cinq ans mentionné dans le premier texte. Mais dans le Code de Justinien cette expression signifie que la prescription de trente ans s'applique seule.

(5) *Cod.*, 1, 7, 4.

(6) *Inst.*, 4, 12, *pr.*

(7) *C. Th.*, 4, 14, 1 = *C. Just.*, 7, 39, 3.

SECTION IX (490)

PEINES CONTRE LES ACCUSATEURS

Apparition des peines contre les accusateurs.

Dans la procédure pénale publique du droit primitif il n'y a pas d'accusateur et par suite pas de peines contre eux. Le magistrat qui manie cette procédure peut en fait commettre les injustices que ces pénalités tendent à réprimer, il peut inculper l'innocent contre sa conviction, laisser tomber le procès en n'agissant pas, favoriser le coupable, aucune responsabilité pénale ne l'atteint ou du moins ces abus n'apparaissent pas dans la liste générale des délits des magistrats.

Les délits des accusateurs dans la procédure des *quaestiones* sont de trois sortes : la *calumnia*, lorsqu'on forme sciemment une accusation sans raison; la *tergiversatio* ou le désistement, qui consiste à laisser tomber le procès sans motif; la *praevaricatio*, c'est-à-dire l'exercice de l'action en faveur de l'accusé coupable. Ces trois délits ont ceci de commun et de caractéristique qu'ils sont soumis aux mêmes règles dans tous les *judicia publica* et qu'ils exigent tous comme condition préalable un *judicium publicum* auquel ils se rattachent à titre de procès accessoires de telle façon qu'il n'y a pas de tribunal spécial, organisé pour les réprimer, mais que le tribunal compétent pour l'affaire principale l'est aussi pour eux. La procédure de *calumnia* et celle de *tergiversatio* ne reposent nullement sur des lois de *quaestiones* et pour cette raison ne sont pas considérées comme *judicia publica*, bien qu'elles trouvent

leur solution dans des *judicia* de ce genre (1); la prévari-
(491) cation est, au contraire, visée par ces lois elles-mêmes (2).

1. Accusation faite sciemment à tort (*Calumnia.*)

La *calumnia* criminelle.

La répression de la *calumnia* (3), c'est-à-dire de l'esprit de chicane chez l'accusateur, a son origine dans la procédure civile. Abstraction faite de la faculté qu'a le défendeur d'exiger du demandeur l'assurance sous la foi du serment que l'action est intentée de bonne foi (4), il a également le droit, lorsque le demandeur est repoussé par le tribunal et que les juges sont convaincus que l'action a été exercée par esprit de chicane, de réclamer la condamnation du demandeur à une somme ordinairement égale au dixième du montant de l'ac-

---

(1) I p. 221, n. 2 *Dig.*, 23, 2, 43, 11 : *si qua calumniae judicio damnata sit ex causa publici judicii et quae praevaricationis damnata est, publico judicio damnata esse non videtur. Dig.*, 47, 15, 3, 3 : *si ideo quis accusetur, quod dicatur crimen judicii publici destituisse, judicium publicum non est, quia neque lege aliqua de hac re cautum est neque per senatus consultum, quo poena quinque auri librarum in desistentem statuitur, publica accusatio inducta est.* 48, 2, 4. tit., 16, 1, 12. Tacite, *Ann.*, 14, 41, semble contredire cette terminologie, lorsqu'il parle de *publico judicio calumniae condemnatus*, mais la contradiction n'existe que dans la rédaction.

(2) Les conséquences de la prévarication ont été prévues dans la *lex Julia judiciorum publicorum* (I p. 150 n. 12); mais déjà dans la *lex Acilia repetundarum* l. 56, et sans doute dans toutes les lois organisant des *quaestiones* on en avait déjà tenu compte en ce que le jugement perdait l'autorité de la chose jugée dès que la prévarication était prouvée (II p. 168 n. 3). Toutefois la disposition avait dans ces lois un caractère général et ne rentrait pas dans les prescriptions visant le délit spécial.

(3) De *calvor*, tromper (*Dig.*, 50, 16, 233). Quant à la corruption dans les procès (*Dig.*, 3, 6), également appelée *calumnia*, mais tout à fait différente de la *calumnia* dont nous nous occupons ici, nous en parlerons à propos de l'action de dol. Dans le langage non juridique le mot est usité, comme on sait, pour tout acte fait par esprit de chicane et non pas seulement pour l'accusation formée de mauvaise foi. — La *calumnia* du défendeur conduit fréquemment en droit privé à une transformation de l'indemnité du simple en une indemnité du double; il n'en est pas tenu compte en droit pénal.

(4) Nous avons parlé plus haut (II p. 58 n. 1) du serment de *calumnia* que l'on rencontre au moins dans certaines *quaestiones*; mais ici on n'a pas, que nous sachions, attaché de conséquences juridiques positives à la prestation de ce serment.

tion principale (1). Cette procédure n'étant pas possible dans les procès avec accusation, du moins dans les cas où la condamnation allait au delà d'une peine pécuniaire, la lacune fut comblée par une loi spéciale, la loi Remmia (2,) qui n'est pas plus ancienne que la procédure des *quaestiones* (3) ni plus récente que Sylla ; c'est vraisemblablement à cette loi qu'il (492)
faut rattacher la répression au criminel de l'accusation faite par esprit de chicane. La législation postérieure n'a pas, si l'on fait abstraction des modifications de peine, réalisé d'innovations essentielles en cette matière.

Notion de la *calumnia*.

La *calumnia* réprimée au criminel est celle qui consiste à intenter une action devant une *quaestio* avec la conscience que cette accusation est dénuée de tout fondement (4); on lui assimile, comme cela est équitable, le fait de provoquer l'accusation elle-même (5). Les ouvrages juridiques s'abstiennent

---

(1) Gaius, 4, 174 sv.

(2) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 19, 55, et en outre les scolies p. 431, Orell. *Dig.*, 22, 5, 13. 48, 16, 1, 2.

(3) Sans doute, il se pourrait que la loi n'ait pas visé tout d'abord les *quaestiones*, mais les *judicia publica* au sens ancien de l'expression (I p. 208 sv.), c'est-à-dire les actions privées données dans l'intérêt public non seulement à la victime, mais à toute personne, notamment le procès d'usure avec sa *quadruplatio*. L'exercice de l'action par esprit de chicane doit avoir été ici beaucoup plus fréquent et plus odieux que dans la procédure des *quaestiones* et la peine des stigmates convient mieux à cette catégorie d'accusateurs qu'à l'autre. En outre, la parfaite similitude de la procédure de *calumnia* dans tous les *judicia publica* de l'époque postérieure s'explique de la manière la plus simple, si cette procédure a été empruntée aux anciens *judicia publica*. Mais il est incontestable que ces derniers sont jugés par les jurés sans le concours du magistrat et dès lors il est délicat. en l'absence de témoignage exprès, d'attribuer un tel pouvoir à la sentence ordinaire des jurés, bien qu'à vrai dire on ait permis, dans l'action originaire de vol, de tirer du délit des conséquences encore plus graves. De plus, il est vraisemblable que le *quadruplator* n'eût pas encouru la peine des stigmates sans que des traces nous en eussent été conservées par les auteurs comiques.

(4) *Dig.*, 48, 16, 1, 1 : *calumniari est falsa crimina intendere*. Gaius, 4, 178 : *calumniae judicio... nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causae veritate; calumnia enim in adfectu est.*

(5) Suétone, *Tit.*, 8 : *delatores mandatoresque*. *Dig.*, 48, 16, 1, 13. l. 15, *pr.* tit., 19, 34, 1. *Cod.*, 9, 2, 5. Edit de Constantin *de accus.* (Bruns, *Fontes* 6 p. 249) cpr. *Dig.*, 3, 2, 20.

d'autant plus de donner une définition plus précise de la notion générale qu'on compte avant tout pour la solution du procès accessoire de *calumnia* intenté par l'accusé sur la connaissance des faits déjà acquise par le tribunal qui a statué sur l'affaire principale (1). C'est surtout dans les affaires où se manifestent le pouvoir illimité des tribunaux souverains et l'imprévu des procès politiques et où la procédure de *calumnia* se présente dépouillée de son caractère propre d'action récursoire immédiate que cette procédure devient le véritable siège d'une justice arbitraire qui en se corrigeant toujours elle-même va toujours se développant. L'action criminelle, permise et souvent provoquée par un gouvernement, est considérée sous le gouvernement suivant comme intentée de
(493) mauvaise foi, c'est-à-dire comme un crime (2); de telle façon que celui qui fait profession d'intenter des accusations et rend ainsi spontanément à l'État le service de pourvoyeur de la justice mérite la qualification d' « accusateur » qui renferme en fait le reproche d'un crime (3).

Procès de *calumnia*.

D'après la nature même du procès de *calumnia*, une personne ne peut vraisemblablement être inculpée d'avoir formé une accusation de mauvaise foi que si l'accusé a été acquitté. Cette accusation est donc écartée, lorsque le procès a pris fin par la mort de l'accusateur (II p. 135) ou en vertu d'une abolition légale (II p. 137). Toutefois l'accusateur ne peut pas se soustraire à la responsabilité qu'il encourt d'après le droit pé-

---

(1) Les ouvrages juridiques renvoient à l'*arbitrium cognoscentis* (*Dig.*, 48, 16, 1, 3), à la *notio praesidis* (*Dig.*, 48, 16, 1, 12).

(2) C'est ainsi par exemple qu'après la chute de Néron le Sénat décida que des poursuites criminelles seraient exercées contre ceux qui avaient joué le rôle de délateurs sous le gouvernement précédent (Tacite, *Hist.*, 2, 10 : *ut accusatorum causae noscerentur*) et plus tard on se plaignit de nouveau au Sénat que les poursuites criminelles prévues n'eussent rien donné (*ibid.*, 4, 42, cpr. 40 : *elanguimus, patres conscripti... et ministros more majorum puniendos flagitabat*).

(3) Le mot *delator*, lorsqu'il est employé dans un mauvais sens (II p. 54 n. 3), ne renferme pas le reproche de *calumnia*, mais celui de se consacrer à une profession méprisable. On peut le constater notamment à propos des délations fiscales. De même, quand on parle de la délation criminelle, on pense surtout aux primes accordées aux accusateurs.

nal en laissant tomber l'accusation ; car l'accusé a la faculté, qui selon toute apparence lui a appartenu de tout temps, de dénoncer l'accusateur comme défaillant et par suite d'obtenir son acquittement (1). A vrai dire, le simple abandon de la procédure ne prouve pas que l'accusateur ait agi par esprit de chicane (2), mais la pratique romaine ne semble pas s'être montrée sévère pour la preuve de cette condition et avoir fréquemment lié d'emblée la condamnation pour cause de *calumnia* au fait de laisser tomber l'accusation (3). La procédure est appliquée avec plus de douceur, lorsque l'accusation peut être considérée comme le résultat d'un devoir de la fonction ou d'une obligation morale : par exemple en cas de dénonciations criminelles faites d'office (4) et dans les actions criminelles intentées à raison du meurtre d'un proche (5) ou par suite de la tutelle (6) ou en vertu d'un mandat donné par le défunt à son héritier (7). Il semble que d'après l'ancien droit, lorsque l'action d'adultère était intentée par le mari ou le père pendant les deux mois où ils jouissaient d'un privilège, (494)

(1) *Dig.*, 48, 16, 18. *C. Th.*, 9, 37, 4. L'indication de Tacite, *Ann.*, 4, 29 : *quaestio adversa accusatori fuit, qui... cessit urbe ac retractus Ravenna exequi accusationem adigitur* et la continuation de la procédure d'accusation contre la volonté de l'accusateur, rapportée par Pline, *Ep.*, 6, 31, 6. 12, ne peuvent s'entendre que de la clôture forcée du procès commencé pour rendre possible le jugement de *calumnia*.

(2) Dans une action privée, l'empereur Trajan formule la menace suivante (Pline, *Ep.*, 6, 31, 12) : *aut agerent aut singuli adprobarent causas non agendi ; alioqui se vel de calumnia pronuntiaturum.*

(3) Papinien, (*Dig.*, 48, 1, 10 ; cpr. *Cod.*, 9, 1, 3) met les tribunaux en garde contre la tendance à condamner immédiatement l'accusateur pour *calumnia* par cela seul qu'il fait défaut. La constitution de Théodose I (*C. Th.*, 9, 3, 2), qui n'a pas passé dans la législation de Justinien, admet l'action de *calumnia* en cas d'*abolitio publica* et d'*abolitio privata*. Mais il est absurde que l'accusateur puisse en cas d'*abolitio publica* être condamné pour cause de *calumnia*, par exemple parce qu'il n'a pas renouvelé l'accusation dans le délai d'un mois, et l'action de *calumnia* se concilie encore moins avec l'*abolitio privata* qui rend excusable le désistement de l'accusateur.

(4) *C. Th.*, 6, 29, 1 = *C. Just.*, 12, 22, 1.

(5) *Dig.*, 48, 1, 14. *Cod.*, 9, 46, 2, *pr.* l. 4.

(6) *Cod.*, 9, 1, 2, 1.

(7) *Cod.*, 9, 46, 2, 1.

la procédure de *calumnia* ait été absolument impossible (1). Elle paraît aussi avoir été écartée à raison de la jeunesse de l'accusateur (2).

La procédure de *calumnia* a lieu après l'acquittement de l'accusé devant le tribunal même qui a statué sur l'affaire principale (3) et celui-ci tranche le procès de *calumnia* après un débat spécial, si ce dernier est nécessaire (4). Lorsque cette procédure s'applique dans les limites fixées par le droit, elle n'est recevable qu'autant qu'elle se lie immédiatement au procès principal (5).

Peine de la *calumnia* : infamie. (495)

La peine que la loi Remmia inflige à celui qui intente une action criminelle de mauvaise foi est celle de la perte de l'honorabilité civique. Celui que la sentence d'un tribunal désigne comme ayant agi par esprit de chicane, est, de même que le condamné pour vol, repoussé par le magistrat compétent lors de la brigue des magistratures, lors du vote, lors de la levée de l'armée, en cas de représentation judiciaire (6) et pour le

---

(1) Certains textes, *Coll.*, 4, 4, 1 et *Dig.*, 4, 4, 37, 1, formulent cette règle avec autant de netteté que d'autres affirment le contraire *Dig.*, 48, 5, 15, 3. 1. 16, 6. 1. 31, *pr. Cod.*, 9, 9, 16, 1 (ce dernier texte rejette l'opinion opposée en s'appuyant sur de nombreuses constitutions impériales). *Cod. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29.

(2) *Dig.*, 4, 4, 37, 1. 48, 6, 16, 6. Apulée, *Apol.*, 2, *pr.*, 380 Oud.

(3) Asconius, *In Scaur.*, p. 30 : *Cato praetor cum vellet de accusatoribus in consilium mittere multique e populo manus in accusatores intenderent, cessit imperitae multitudini ac postero die in consilium de calumnia accusatorum misit.* Si la version qui nous est rapportée est exacte, la complaisance du président a consisté à protéger contre la multitude les accusateurs auxquels il était favorable en renvoyant le vote au lendemain ; mais il faut peut-être écrire *nollet* ou suivant la proposition d'Hirschfeld *non cessit* au lieu de *cessit*.

(4) Ainsi que le prouve le procès qui vient d'être signalé et dans lequel on passe immédiatement au vote le lendemain, un débat spécial n'est pas nécessaire en principe, parce que le tribunal est déjà renseigné par la procédure principale ; mais bien entendu un débat de ce genre n'est pas absolument impossible.

(5) *Dig.*, 48, 16, 1, 3 : (*cognoscens*) *reo absoluto de accusatoris incipit consilio quaerere Cod.*, 9, 46, 1.

(6) *Lex Julia municipalis* l. 120 : *quemve* k(*alumniae*) *praevaricationis caussa accussasse fecisseve quod judicatum est erit.* Edit du préteur (*Dig.*, 3, 2, 1, *pr.*) : *infamis notatur .. qui in judicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit.* Les paroles de Cicéron rapportées dans la note suiv. ont trait à l'exclusion de la procédure d'accusation.

désigner on lui marque au fer rouge la lettre k sur le front (1). A vrai dire, nous n'avons pas la preuve que cette dernière peine, peu en conformité avec l'ensemble des dispositions des lois romaines, ait été effectivement appliquée (2); les allusions que nous rencontrons pendant la période impériale à des peines corporelles identiques ou analogues, infligées aux délateurs, apparaissent plutôt comme une répression extraordinaire de la monarchie souveraine et peuvent difficilement être présentées comme des cas d'application normale de la justice (3). Il est vraisemblable que la marque prescrite par la loi Remmia est tombée très rapidement en désuétude par suite de la pratique des tribunaux. Mais la peine de l'infamie a subsisté et n'a même pas été modifiée en droit par ce fait que sous le Principat elle n'a guère d'autre effet juridique que l'incapacité en matière de représentation judiciaire; sous cette réserve, l'ancienne loi subsiste comme droit en vigueur dans la compilation de Justinien. — Il n'est pas invraisemblable que la loi ait fixé pour le *calumniator*, comme pour le voleur, une peine pécuniaire, mais on ne peut le prouver avec certitude (4). (496)

(1) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 20, 57 : *si ego hos* (les jurés) *bene novi, litteram illam, cui vos usque eo inimici estis, ut etiam kalendas omnes oderitis, ita vehementer ad caput affigent, ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis.* Pline, *Paneg.*, 35 : *neque ut antea (delatores) exsanguem illam et ferream frontem nequiquam convulnerandam praebeant punctis et notas suas rideant.* C'est à cela que se rapportent les *inscriptiones frontis* chez Sénèque, *De ira*, 3, 3, 6, et la formule *integrae frontis homo* chez Papinien, *Dig.*, 22, 5, 13.

(2) Cette marque, si usitée au regard des esclaves (Marquardt, Privatalterth., p. 184 [*Manuel Antiq. Rom.*, XIV, 216]) n'apparaît dans la procédure pénale que dans la dernière période et comme peine accessoire jointe à la privation de liberté.

(3) Les délateurs furent effectivement frappés des peines de la correction corporelle et de la perte de liberté. Suétone, *Tit.*, 8 (de même, Martial, *Epigr.*, 4) : *(delatores) adsidue in foro flagellis ac fustibus caesos ac novissime traductos per amphitheatri harenam partim subici ac venire imperavit partim in asperrimas insularum avehi.* D'après le récit de Pline, *Paneg.*, 34, 35, Trajan a également traité les délateurs comme les voleurs de grands chemins (*grassatores*). Le rescrit de Gordien (*Cod.*, 2, 11, 16) parle de la fustigation d'un *calumniator*.

(4) Lorsque Marcien, *Dig.*, 48, 16, 1, 3, parle de la *poena legitima*, en faisant vraisemblablement allusion à la loi Remmia, il est difficile qu'il ait visé par là l'infamie.

Toutefois il est arrivé fréquemment, notamment dans les tribunaux souverains, qu'une peine criminelle grave ait été infligée arbitrairement et à titre extraordinaire au *calumniator*, sans qu'on ait pris soin de rattacher cette répression au procès principal (1).

Talion. Postérieurement à Constantin (2), on voit apparaître pour la punition de l'accusateur le principe du talion : la peine qui eût atteint l'accusé, si le procès eût été justifié, frappe l'accusateur qui a agi de mauvaise foi (3) ; il en est ainsi notamment dans les affaires capitales. Il en résulte que l'accusateur doit, au moment où il formule son accusation par écrit, se soumettre expressément aux conséquences juridiques de son

---

(1) C'est à cet ordre d'idées qu'appartiennent les pénalités citées II p. 185 n. 3 ; on a très souvent procédé de la sorte. Lors de l'avénement de Néron πολλοὶ... τῶν συκοφαντησάντων κατεδικάσθησαν (Dion, 68, 1). Hadrien (chez Justin, *Apol.*, 1, c. 68 ; en grec, chez Eusèbe, *H. e.*, 4, 9) écrit à Minucius Fundanus, gourverneur d'Asie : *curabis, ut, si quis calumniae gratia quemquam horum* (de ceux qui sont accusés de professer le christianisme) *postulaverit reum, in hunc... suppliciis severioribus vindices.* Autres exemples : Tacite, *Ann.*, 3, 37. 4, 31. 36. 6, 7. 9. 12, 42. 13, 22. 33. *Hist.*, 4, 41. Dion, 59, 10. 66, 19. 68, 1. 77, 17. 78, 21. *Vit. Commodi*, 7. 18. 19. *Juliani*, 2. *Pertinacis*, 7, 9. *Severi*, 4. *Alexandri*, 45. *Aurel.*, 39. Herodien, 2, 4, 8. 5, 2, 1. 7, 6, 3. c. 7, 3. Ammien, 22, 3, 3. — Quant à la punition des délateurs des chrétiens sous Marc Aurèle, cpr., II p. 188 n. 2.

(2) La suppression ordonnée par Auguste des procès en suspens depuis longtemps *condicione proposita, ut si quem quis repetere vellet, par periculum poenae subiret* (Suétone, *Aug.*, 32) se rapporte manifestement d'après le contexte aux procès fiscaux et à leurs peines pécuniaires. Du reste, on ne trouve pas avant Constantin dans les ouvrages juridiques la peine du talion en matière de *calumnia* ; la règle d'après laquelle celui qui intente une accusation en s'appuyant sur un titre dont on prouve ultérieurement la fausseté s'expose par là même à une accusation de faux (*Cod.*, 4, 21, 2) n'a rien à faire avec notre loi du talion. Celle-ci se rencontre déjà à vrai dire auparavant dans des récits historiques peu clairs ; c'est ainsi qu'on rapporte d'Alexandre Sévère (*Vita*, 46) qu'il donna à toute personne, pour le cas de nomination de magistrats, la faculté d'accuser le candidat d'avoir commis un délit, mais frappa le dénonciateur, lorsque la preuve n'était pas faite, de la peine afférente au délit affirmé. Le plus ancien témoignage certain pour le système du talion est la constitution de Constantin de 319 (v. la note suiv.).

(3) Constantin en l'année 319 : *C. Th.*, 9, 10, 3 = *C. Just.*, 9, 12, 7. En outre, *C. Th.*, 9, 1, 9 (= *C. Just.*, 9, 46, 7). 9, 1, 14. 9, 1, 19, *pr.* : (= *C. Just.*, 9, 2, 17 = 9, 46, 1). 9, 2, 3 (= *C. Just.*, 9, 3, 2). 9, 38, 4. 9, 39, 2 (= *C. Just.*, 9, 46, 8). Justinien, *Nov.*, 117, 9, 4. Ammien, 16, 8, 6. 22, 3, 11. Cela s'applique même lorsque l'accusé est un esclave (*C. Th.*, 9, 1, 14).

acte (1). On a même coutume, lorsque l'accusation provoque (497)
l'arrestation de l'accusé, d'étendre cette mesure à l'accusateur (2). Les entraves mises ainsi à l'exercice d'actions intentées à la légère et qui occupent sans raison les magistrats ont contribué essentiellement au maintien, à l'époque postérieure, du système d'accusation comme procédure criminelle vraiment normale à côté de la *cognitio* entreprise par le magistrat sous sa responsabilité. (II p. 10 sv.)

Calumnia criminelle en dehors de la procédure pénale ordinaire.

La procédure de *calumnia* au sens strict du mot se restreint au système de l'accusation formelle.

Dans l'action privée *ex delicto* de même que dans l'accusation à raison d'un crime extraordinaire, celui qui intente le procès par esprit de chicane n'est exposé en principe qu'à l'action civile contraire établie dans ce but; toutefois ce procès peut exceptionnellement conduire à une répression criminelle (3).

La preuve que l'abus de la dénonciation dans la procédure de *cognitio* n'entraîne pas les conséquences graves qui se rattachent à l'abus de l'accusation dans le procès formel ressort déjà de la fidélité que nous venons précisément de signaler de la loi pénale au système de l'accusation. L'accusation avec exemption de la poursuite de *calumnia,* telle qu'elle est per-

---

(1) Valentinien et Valens, *C. Th.*, 9, 1, 11 : *nullus... crimen quod intendere proposuerit exequatur nisi subeat inscriptionis vinculum : etenim qui alterius... sanguinem in judicium devocaverit, sciat sibi impendere congruam poenam, si quod intenderit non probaverit.* Symmaque, *Ep.*, 10, 49 : *provisum est, ne quis temere in alieni capitis discrimen irrueret, ut se ejusdem prius poenae sponsione vinciret.* Ici le juge répressif prie l'empereur de renoncer à la punition de l'accusateur eu égard à la fonction officielle et à la jeunesse de ce dernier, le tribunal n'ayant pas comme tel la compétence requise pour une pareille mesure.

(2) *C. Th.*, 9. 1, 19 = *C. Just.*, 9, 2, 17. Symmaque, *loc. cit.*

(3) Paul, 1, 5, 2 = *Dig.*, 48, 16, 3 : *et in privatis et in extraordinariis criminibus* (tel est le texte du Digeste ; *et in publicis judiciis* de Paul est vraisemblablement faux) *omnes calumniosi extra ordinem pro qualitate admissi plectuntur.* Paul, 5, 4, 11 (et presque identique Gaius, *Dig.*, 47, 10, 43) : *qui per calumniam injuriae actionem instituit, extra ordinem punitur ; omnes enim calumniatores exilii vel insulae relegatione vel ordinis amissione puniri placuit.* Cette règle est aussi étendue au procès de liberté qui n'appartient pas formellement aux actions délictuelles (*Dig.*, 40, 12, 39, 1).

mise aux femmes, ne se distingue guère en réalité de la *cognitio* avec dénonciation (1). En cas de preuve de *calumnia*, le dénonciateur fait l'objet d'une répression extraordinaire. Mais celle-ci est plus douce au point de vue de la peine infligée
(498) que l'action de *calumnia* dans la procédure d'accusation (II p. 188 n. 1) ; notamment, on n'applique pas ici la loi du talion. Nous avons peine à croire que la fausse dénonciation, sauf celle de l'esclave contre son maître (II p. 92 n. 5), ait été sévèrement réprimée (2).

2. Abandon injustifié de l'accusation (*Tergiversatio.*)

Abandon de l'accusation.

Laisser tomber (*desistere*) (3) une accusation une fois formée a toujours paru aux Romains un fait répréhensible (4), une

---

(1) II p. 37. Les deux textes : *Dig.*, 48, 16, 1, 10, d'après lequel la femme est responsable lorsqu'elle est admise à former une accusation et *Dig.*, 48, 16, 4, *pr.*, d'après lequel elle échappe dans ce cas à la responsabilité, peuvent être maintenus l'un à côté de l'autre, à la condition de rapporter le dernier à la responsabilité ordinaire et le premier à la responsabilité extraordinaire. Il n'est pas nécessaire de supposer que l'opinion de Papinien citée dans le premier texte soit celle qui nous est parvenue par le second texte.

(2) L'indication de Tertullien, *Apol.*, 5 : *ab ejus modi hominibus poenam... palam dispersit* (Marc-Aurèle) *addita etiam accusatoribus damnatione et quidem tetriore*, ce qu'Eusèbe, *H. e.*, 5, 55, rend de la manière suivante : τοῦτον (Marc-Aurèle) δὲ φησὶ (Tertullien) καὶ θάνατον ἀπειλῆσαι τοῖς κατηγορεῖν ἡμῶν ἐπιχειροῦσιν doit être rapportée aux dénonciateurs ; car il ne peut pas y avoir ici d'accusation proprement dite (II p. 14 n. 1). D'après Eusèbe (5, 21), sous Commode, le préfet Perennis fait exécuter, par rupture des jambes, un des serviteurs d'Apollonius coupable d'avoir dénoncé son maître comme chrétien, ce qui du reste n'empêche pas le procès lui-même d'avoir lieu. Ces mentions de répressions plus sévères vis-à-vis des dénonciateurs des chrétiens paraissent peu dignes de foi. En tout cas, le dernier récit est admissible, si l'on suppose avec Jérôme que ce serviteur devait être un esclave, principalement parce que l'exécution des esclaves avait fréquemment lieu par la rupture des jambes. Cpr. mon exposé dans les *Sitzungsberichte der Berliner Akademie*, 1894, p. 502.

(3) *Desistere* (*Dig.*, 5, 1, 10. 48, 16, 1, 1. 7. 1. 13, *pr.*) est le terme technique pour désigner ce délit des accusateurs. *Deserere* (*Dig.*, 38, 2, 14, 2. 50, 2, 6, 3) et *crimen destituere* (II p. 189 n. 2) sont synonymes. A défaut de substantif correspondant, on emploie *tergiversatio*.

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 31, 86 : *nec sine ignominia calumniae relinquere* (*poterat*) *accusationem Cluentius*. Asconius, *In Cornel.*, p. 63. Tite-Live, 2, 54, 8.

désertion (*tergiversatio*) (1) d'après la conception romaine qui établit un parallèle entre la guerre et le procès ; l'accusateur a même dû à une certaine époque, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut (II p. 58), s'obliger par écrit lors de l'inscription et sous la garantie de cautions à poursuivre le procès. Toutefois, sous la République et encore au début du Principat, l'accusateur a eu la faculté de se retirer sous cette réserve que celui qui a été accusé à tort gardait dans ce cas le droit de demander la continuation du procès pour pouvoir après l'acquittement intenter la procédure de *calumnia* (II p. 183 n. 1). Dans ce système l'accusation formée sans esprit de chicane, mais à la légère, échappait à toute répression, tandis que les tribunaux étaient naturellement portés à punir cette faute légère de la peine grave infligée à la *calumnia*. C'est pour cette raison qu'en l'an 61 ap. J.-C. le Sénatus-consulte Turpilien introduisit pour (499)
le cas de désistement de l'accusateur une procédure pénale indépendante de la preuve de *calumnia* (2).

On admet que l'accusation est abandonnée soit en cas de Procédure.
déclaration expresse, soit à la suite d'actes concluants (3) ; il en est notamment de même, lorsque l'accusateur a laissé écouler le délai de comparution que le tribunal lui avait fixé, sans reparaître devant celui-ci (4). La procédure qui a lieu dans ce cas n'est pas celle d'un litige entre les parties sous la forme d'un procès principal, comme en cas de *calumnia* et de préva-

---

(1) *Dig.*, 48, 16, 1, *pr.*. 1.

(2) *Dig.*, 47, 15, 3, 3 : *si ideo quis accusetur, quod dicatur crimen judicii publici destituisse, judicium publicum non est, quia neque lege aliqua de hac re cautum est, neque per senatusconsultum, quo poena quinque auri librarum in desistentem statuitur, publica accusatio inducta est.* Ce sénatus-consulte ne peut être que le sénatus consulte Turpilien, auquel les ouvrages juridiques postérieurs rattachent les trois peines infligées aux accusateurs ; ce que Tacite, *Ann.*, 14, 41, dit de ce sénatus-consulte a trait à la prévarication. Quant aux règles posées à cet égard par la loi Pétronia de date inconnue (II p. 191 n. 2), on ne peut les établir.

(3) Par exemple, lorsque l'accusateur fait des propositions de transaction à l'accusé (*Dig.*, 48, 16, 6, *pr.* l. 15, *pr.*), ou lorsque le mari, qui accusait sa femme d'adultère, l'épouse de nouveau (*Dig.*, 48, 5, 41, 1).

(4) *Dig.*, 48, 16, 6, 2. l. 15, *pr.*, 5. *Cod. Th.*, 9, 36, 2 = *C. Just.*, 9, 44, 2.

rication (1), mais elle est plutôt une peine prononcée par le tribunal intéressé contre celui qui l'a saisi à tort. Du reste, on doit convoquer l'accusé et lui demander s'il réclame la continuation du procès dans les conditions que nous avons précédemment indiquées et s'il se réserve l'action plus rigoureuse de *calumnia*. En cas de réponse négative, le débat est ouvert sur la *tergiversatio*, qui s'oppose à la *calumnia* comme la *culpa* au *dolus* et qui ne peut pas être considérée comme un véritable délit. Dans la question de savoir si dans tel cas particulier le désistement doit ou peut être excusé, il faut surtout considérer la cause pour laquelle il a eu lieu (2). Il faut en outre tenir compte de la durée du procès et du préjudice
(500) qui a pu être causé à l'adversaire par cette accusation (3). Il faut enfin avoir égard à la nature du procès ; c'est ainsi qu'on autorise plus facilement l'abandon de l'action d'adultère (4) que l'abandon du procès de haute trahison (5). — Si le tribunal saisi trouve que la conduite de l'accusateur est excusable (6) ou si celui-ci obtient la même décision de l'empereur (7), l'abolition — appelée ici *abolitio privata* par opposition à l'*abolitio publica*, qui est la suppression du procès ordonnée par

---

(1) *Dig.*, 48, 16, 1, 12 : *qui dicit quem in hoc senatus consultum incidisse, accusator non est.*

(2) *Cod.*, 9, 42, 2 : *abolitio praesentibus partibus causa cognita non a principe, sed a competenti judice postulari debet, id est si per errorem seu temeritatem seu calorem ad accusationem prosiluerit : hoc enim accusator explanans abolitioni locum faciet.* Les règles des *Dig.*, 5, 1, 10. 49, 14, 15, *pr.*, sont analogues, mais concernent les actions privées ou les procès fiscaux.

(3) *C. Th.*, 9, 37, 2 = *C. Just.*, 9, 42, 3. Une constitution de 409 (*C. Th.*, 9, 37, 4, cpr. c. 3) permet à l'accusateur de se désister même sans le consentement de l'accusé dans un délai de trente jours et prend des mesures pour assurer aux témoins cités le remboursement des frais qu'ils ont supportés.

(4) La disposition contenue au *C. Th*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29, 1, d'après laquelle l'*abolitio* doit dans l'action d'adultère être permise aux proches (*si voluerint*, ajoute la rédaction de Justinien), ne peut être comprise qu'en ce sens.

(5) *C. Th.*, 9, 37, 2 = *C. Just.*, 9, 42, 3, 4.

(6) *Causa cognita* (II p. 190 n. 2). La décision est rendue *pro tribunali* (*Dig.*, 48, 16, 1, 8) et l'*abolitio* est souvent refusée (*Dig.*, 38, 2, 14, 2).

(7) *Dig.*, 48, 16, 13, 1.

le gouvernement (1) — est accordée à l'accusateur et son désistement n'entraîne pour lui aucun autre préjudice juridique que celui de ne pouvoir reprendre l'accusation qu'il a laissé tomber (2). Par contre, les tierces personnes peuvent renouveler l'accusation, parce que l'abolition n'est pas un acquittement (3). Dans le cas contraire, lorsque le désistement n'est pas justifié, l'accusateur encourt d'une part l'infamie (4) et d'autre part une amende pécuniaire (II p. 189 n. 2) ; le tribunal peut même, à titre extraordinaire, infliger d'autres peines (5). Peines.

La répression de la *tergiversatio*, comme celle de la *calumnia*, se lie à la procédure ordinaire d'accusation. Celui qui est admis au rôle d'accusateur, sans être exposé à la poursuite pour cause de *calumnia*, sera difficilement puni en cas de désistement (6). Dans la procédure extraordinaire d'accusation (7) et dans la *cognitio*, on prononce ici, comme en cas de (501)

---

(1) *Dig.*, 48, 16, 1, 8. l. 10, *pr.* Le désistement sans autorisation n'est pas toujours désigné par l'expression complète *citra abolitionem desistere* (*Dig.*, 48, 16, 1, 7 ; analogue : *Dig.*, 48, 16, 15, *pr.*, 50, 2, 6, 3. *Cod.*, 9, 9, 16, 1. tit., 45, 1), il est aussi appelé brièvement *deserere* ou *desistere* et opposé à l'*abolitio* (qui ne fait pas encourir de peine. *Dig.*, 38, 2, 14, 2. 48, 2, 11, 2). — Quant à la notion générale d'*abolitio*, désignant toute radiation de l'accusation sur la liste des affaires pénales, cpr. II p. 135 n. 1.

(2) *Cod.*, 9, 9, 16, 2 : *et decreto patrum et lege Petronia* (cpr. II p. 189 n. 2) *ei, qui jure viri delatum adulterium non peregit, numquam postea id crimen deferre permittitur*, où il semble même qu'on pense à l'exclusion de toute action d'adultère. *Dig.*, 48, 16, 4, 1. *Cod.*, 9, 1, 6. tit., 45, 3. Toutefois l'empereur peut par une dispense rendre l'exercice de l'action (*Cod.*, 9, 42, 1).

(3) *Dig.*, 48, 2, 11, 2.

(4) *Dig.*, 48, 16, 2. 50, 2, 6, 3. *Cod.*, 9, 45, 2. *C. Th.*, 9, 36, 1.

(5) *Dig.*, 48, 19, 5, 1. *C. Th.*, 9, 36, 1. *Cod. Just.*, 9, 45, 2.

(6) *Dig.*, 48, 16, 15, 2. Alexandre Sévère, *Cod.*, 9, 46, 2, *pr.* : *mater inter eas personas est, quae sine calumniae* (y compris la *tergiversatio*) *timore necem filii sui vindicare possunt, idque beneficium senatus consulti* (sans doute du senatus-consulte Turpilien) *et in aliis publicis judiciis servatum est.* Nous n'avons qu'un autre témoignage dans le même sens d'après lequel l'*abolitio* est accordée d'emblée à de tels accusateurs (*Cod.*, 9, 42, 2, 2). Mais cette règle ne s'applique pas d'une manière absolue. L'empereur Dioclétien (*Cod.*, 9, 45, 5) dit dans un rescrit : *si femina suam suorumque injuriam exequatur, cum ipsa pacto contra vetitum destitisse profiteatur, in senatus consulti Turpilliani poenam eam incidere certi juris est.*

(7) *Dig.*, 48, 16, 7, 1. l. 15, 1.

calumnia, une peine extraordinaire contre celui qui a suscité à tort la procédure pénale (1).

3. Collusion (*Praevaricatio.*)

Collusion.

La *praevaricatio,* au sens littéral du mot la marche de travers (2), désigne dans la procédure d'accusation la collusion des parties, c'est-à-dire l'exercice d'un procès pénal dans le but de favoriser l'accusé en le faisant acquitter ou en lui obtenant une peine plus douce (3) et de le protéger ainsi contre toute accusation postérieure (4). Bien que la création de ce délit vienne peut-être de la procédure civile (5), on ne peut
(502) toutefois établir son existence que pour la procédure des
Procédure. *quaestiones* (6). La prévarication ne donne pas plus lieu que la *calumnia* à la constitution d'un tribunal spécial ; lorsqu'on prétend qu'il y a eu prévarication, la décision est rendue sur

---

(1) *Dig.*, 48, 19, 5, 1. *Cod. Th.*, 9, 36, 1. *Cod. Just.*, 9, 45, 2.

(2) *Praevaricatio* vient de *varus* : de travers, *varicare* : marcher de travers, de même que *obvaricator* (Festus, I p. 194) est le guide qui égare intentionnellement. Cette étymologie exacte nous est donnée par Ulpien, *Dig.*, 50, 16, 212 ; Cicéron, *Part. orat.*, 36, 126 et Labéon, *Dig.*, 47, 15, 1, *pr.*, rattachent le mot à *varius*. En dehors de la langue juridique. le mot est plus souvent employé d'une manière générale pour désigner toute fausseté et tout manque de fidélité : par exemple Cicéron, *Phil.*, 2, 11, 25 ; Tacite, *Ann.*, 11, 5.

(3) Dans le procès de *repetundae* mentionné II p. 193 n. 2, l'accusé est condamné, mais la *litium aestimatio* est diminuée par suite de prévarication. D'après le sénatus-consulte de 61 (Tacite, *Ann.*, 14, 41), il y a lieu de condamner comme prévarication, lorsqu'il résulte d'une corruption, le fait d'avoir porté l'accusation devant un tribunal moins sévère pour soustraire l'accusé à une procédure plus rigoureuse.

(4) Ulpien, *Dig.*, 47, 15, 1, *pr.* : *praevaricator est... qui diversam partem adjuvat prodita causa sua.* 48, 16, 1, 6. 50, 16, 212. Isidore, *Orig.*, 10, 224. L'extension de la notion à tout jugement que l'accusé obtient par dol a, d'après Cicéron, *Part. orat.*, 36, été tentée par les avocats ; mais elle est désapprouvée par l'orateur romain lui-même et n'apparaît pas dans les ouvrages juridiques.

(5) Dans le *judicium publicum* intenté pour la communauté devant des récupérateurs (I p. 208 sv.) la prévarication est possible, notamment si le droit d'agir n'appartient pas au magistrat seul, mais à tout citoyen.

(6) Ulpien, *Dig.*, 47, 15, 1, 1 : *is praevaricator proprie dicitur, qui publico judicio accusaverit.* La *praevaricatio* est déjà mentionnée dans la *lex Acilia repetundarum* (v. la note sv.).

ce point par le tribunal même qui a prononcé le jugement attaqué (1). Toutefois la procédure ne doit pas ici, comme au cas de *calumnia*, avoir nécessairement lieu aussitôt après le procès principal, elle peut être intentée plus tard. Mais on retrouve toujours dans cette nouvelle instance le magistrat qui a fonctionné dans le procès principal et aussi, dans la mesure du possible, les jurés qui y ont siégé, si la sentence a été rendue par des jurés. Le tribunal établit d'abord s'il y Peines. a eu prévarication ou non dans le procès précédent (2) et prononce d'une part, en supprimant le premier jugement, une seconde sentence sur l'affaire principale, et d'autre part une condamnation pénale sur la question de prévarication (3). Celui qui a été acquitté à tort supporte d'abord les conséquences de l'annulation du jugement (4) et est en outre frappé d'infamie (5). L'accusateur, qui s'entend avec l'accusé, abstraction (503) faite de la répétition de l'argent qu'il a pu recevoir à titre de

---

(1) La *lex Acilia repetundarum* (l. 56 cpr. l. 5. 55) interdit le renouvellement du procès, lorsqu'il est terminé, *nisei quod praevaricationis caussa factum erit*. De même la loi agraire de 643/111 l. 38 et la *lex coloniae Genetivae*. c. 123. *Dig.*, 43, 29, 3, 13. 47, 15, 3, 1. *Cod.*, 9, 2, 11.

(2) Macer II p. 168 n. 3.

(3) Pline, *Ep.*, 3, 9, 30 : *est lege cautum, ut reus ante peragatur, tum de praevaricatore quaeratur*. Plus tard, celui qui a été acquitté dans un premier procès en matière capitale est condamné d'emblée, si l'on prouve qu'il y a eu prévarication (*Dig.*, 47, 15, 7). — Pline, *Ep.*, 3, 9, 34, relève la singulière combinaison de l'acquittement dans le procès principal avec la condamnation de l'accusateur pour prévarication.

(4) D'après la *lex Acilia repetundarum* (l. 56), la sentence sur la question de prévarication est rendue par le préteur de *repetundae* qui était en fonction au moment du procès principal et par les jurés [*quei ex h. l. ad eam rem j*]*udicandam adfuerint, quei vivent*. Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 2, rapporte qu'après la mort en 703/51 de C. Claudius Pulcher, qui avait été préteur en 698/56, son fils provoqua un débat judiciaire sur une prévarication commise par son père dans un procès de *repetundae* : *pecuniam ex bonis patris pervenisse ad Servilium praevaricationisque causa... depositum* HS LXXXI... *mittit in consilium eosdem illos qui lites aestimarant judices*. Toutefois la récusation est permise dans le procès de prévarication (Cicéron, *Ad Att.*, 4, 16, 5; cpr. le même, *Ep.*, 15, 9. *Ep.*, 17, 5. *Ad Q. fr.*, 2, 15, 3). Le vote a lieu par classes comme dans le procès principal Cicéron, *Ad Q. fr.*, 2, 15, 3).

(5) Du moins dans le sénatus-consulte mentionné par Tacite (II p. 192 n. 3) l'infamie est étendue à la partie qui a corrompu.

corruption (1), est frappé des mêmes peines que le *calumniator* et perd son honorabilité civique (2). Plus tard, on ajoute à cette répression une peine criminelle extraordinaire arbitrée suivant les circonstances par le tribunal (3). Mais le principe du talion n'a jamais été appliqué dans la prévarication (4). L'accusation de collusion donne lieu à la procédure de *calumnia,* lorsqu'elle est élevée de mauvaise foi (5).

Bien que la collusion appartienne en première ligne à la procédure d'accusation, elle est également réprimée au criminel, non seulement lorsqu'elle est commise dans la procédure pénale extraordinaire, mais aussi lorsque le conseil judiciaire au concours duquel on a fait appel dans un procès criminel ou dans une action privée s'est entendu de cette manière avec l'adversaire (6).

---

(1) L'action par laquelle les héritiers de l'accusé inculpé de corruption peuvent réclamer l'argent versé par leur auteur (II p. 193 n. 4) ne peut s'expliquer que par l'idée de peine à infliger à l'accusateur; la règle d'après laquelle la *turpitudo dantis et accipientis* exclut toute action en répétition a dû être écartée ici par une disposition légale.

(2) *Dig.*, 3, 2, 1, *pr.* (II p. 184 n. 6) 47, 15, 4. 5. Tacite, *Ann.*, 14, 41 : *qui talem operam emptitasset vendidissetve, perinde poena teneretur ac publico judicio calumniae condemnatus.*

(3) *Dig.*, 47, 15, 2 : *sciendum, quod hodie is qui praevaricati sunt poena injungitur extraordinaria.*

(4) *Dig.*, 47, 15, 6 : *ab imperatore nostro et patre ejus* (Septime Sévère et Antonin) *rescriptum est, ut in criminibus, quae extra ordinem obiciuntur, praevaricatores eadem poena adficiantur, qua tenerentur, si ipsi in legem commisissent, qua reus per praevaricationem absolutus est.* Cette règle concerne surtout les délits les moins graves.

(5) *Cod.*, 2, 7, 1.

(6) *Dig.*, 47, 15, 1, 1. l. 3, 2. 48, 19, 38, 8. *Cod.*, 10, 9, 1. *C. Th.*, 10, 15, 3. Dans certains cas, l'accusation de faux peut aussi être introduite (*Dig.*, 48, 10, 1, 6).

SECTION X

RÉCOMPENSES DU DÉNONCIATEUR ET DE L'ACCUSATEUR

Caractère exceptionnel des récompenses pour dénonciation.

Lorsqu'une déclaration, qu'elle soit une dénonciation provoquant le procès pénal ou qu'elle ait lieu au cours d'un procès déjà engagé, met le juge en état de prononcer la condamnation, il n'en résulte évidemment au profit du déclarant aucun droit à être soustrait à la répression, s'il est complice (1), ou à être récompensé, s'il n'a pris aucune part au délit. Telle est la règle qui a toujours persisté ; mais des exceptions ont eu lieu fréquemment dans des cas particuliers.

Exemption de la peine pour cause de dénonciation.

L'exemption de peine au profit du délinquant dont l'aveu a facilité la condamnation de ses complices et s'est produit à la suite d'un accord conclu avant l'aveu entre le délinquant et le juge répressif est un expédient regrettable mais qui a été assez souvent employé dans les situations difficiles que traversa l'État (2). Comme toute amnistie (II p. 137 sv.), elle

(1) Ulpien, *Dig.*, 48, 18, 1, 26. *C. Th.*, 9, 1, 19, 1 = *C. Just.*, 9, 2, 17, 1.

(2) Cicéron, *Ad. Att.*, 2, 24, 2. 4 (cpr. *In Vat.*, 11, 26; Dion, 37, 41) : *reus erat... Vettius de vi et cum esset damnatus, erat indicium postulaturus ; quod si impetrasset, judicia fore videbantur.* Le même, *Divin. in Caec.*, 11, 34 : *si tibi indicium postulas dari, quod tecum una fecerit, concedo.* Tacite, *Ann.*, 6, 3 : *summum supplicium decernebatur, ni professus indicium foret. Indicium profiteri* aussi chez Pline, *Ep.*, 3, 16, 9 et Scaevola, *Dig.*, 48, 10, 24. Nous rencontrons des promesses du même genre dans le procès des Bacchanales (Tite-Live, 39, 19, 7), dans l'enquête à l'occasion du meurtre du préteur Asellion (Appien, *B. c.*, 1, 54), dans la procédure contre les partisans de Catilina (Cicéron, *In Cat.*, 3, 4, 8. Salluste, *Cat.*, 30, 6. 47, 1. 48, 4. Dion 37, 34), dans le procès impérial lors de la conjuration de Pison (Tacite,

(505) est une violation de l'ordre juridique. Par conséquent, dans une conception rigoureuse, cette mesure ne devrait pas pouvoir être prise par le magistrat, mais seulement par le pouvoir législatif (1). Au début, elle apparaît comme une concession faite à titre particulier; dans la dernière période, cette exemption de peine est posée en règle générale pour les procès de lèse-majesté (2).

Récompense de la dénonciation dans le procès criminel.

La récompense de la personne, qui n'ayant pas pris part au délit rend par sa dénonciation ou sa déclaration la condamnation possible, soulève moins d'objections au point de vue moral. L'ancien droit romain ne la connaît pas non plus comme institution régulière; mais on l'y rencontre fréquemment dans des cas particuliers, soit dans la forme d'une invitation à faire la dénonciation sous la promesse d'une récompense (3), ce qui a aussi souvent lieu dans les délits privés de la part de la victime (4) et ce qui paraît être devenu à l'époque

---

Ann., 15, 71 : *festinata indicia impunitate remuneratur*) et ailleurs. Ces promesses peuvent aussi avoir lieu après l'aveu, auquel cas la mesure prise, au lieu de revêtir le caractère d'une amnistie, prend celui en principe semblable d'une grâce totale ou partielle. — Il ne faut pas confondre avec cet *index* qui n'est pas employé comme accusateur, mais comme témoin, l'accusateur qui déposant en même temps d'après ses propres connaissances contre l'accusé est également pour cette raison appelé *index* (Cicéron, *Ad. Q. fr.*, 2, 3, 5; cpr. Tacite, *Ann.*, 4, 28).

(1) Tite-Live, 8, 18, 4 ; *ancilla quaedam ad Q. Fabium Maximum aedilem curulem indicaturam se causam publicae pestis professa est, si ab eo fides sibi data esset haud futurum noxiae indicium : Fabius confestim rem ad consules, consules ad senatum referunt consensuque ordinis fides indici data.* De même, dans les cas précédemment cités qui appartiennent à l'époque républicaine, la décision sur cette question est prise par le Sénat; les comices ne sont pas interrogés, parce que le Sénat est compétent pour exempter de la loi dans les cas particuliers.

(2) Arcadius, *C. Th.*, 9, 14, 3, 7 = *C. Just.*, 9, 8, 5, 7. Scolies sur les Verrines, *Divin.*, 11, 34, p. 114.

(3) Tite-Live, 26, 27, 6 : *consul ex auctoritate senatus pro contione edixit, qui quorum opera id conflatum incendium profiteretur, praemium fore libero pecuniam, servo libertatem.* Appien, *B. c.*, 1, 54. Salluste, *Cat.*, 30. A la suite du meurtre de César, on promet à titre de récompense à ceux qui dénonceront les personnes coupables de s'être emparées des deniers publics encore détenus par le dictateur au moment de son assassinat la dixième partie de ces sommes (Appien, *B. c*, 3, 54.).

(4) De pareils arrangements se rencontrent à propos d'esclaves enfuis ou d'objets volés : chez Pétrone, c. 97; Apulée, *Metam.*, 6, 8; *C. I. L.*, IV, 64.

postérieure un usage judiciaire général (1), soit, lorsque la procédure pénale est terminée, comme rémunération du (506) service rendu à la communauté. On accorda ainsi certains privilèges spéciaux au citoyen (2), le droit de cité au non-citoyen (3), la liberté à l'esclave (4). En outre, ces dénonciations furent dans certaines circonstances rémunérées par des dons en argent (5). — Plus tard, on voit apparaître dans les lois elles-mêmes des promesses générales de récompenses dont le but est d'inviter toute personne à faire des dénonciations. On fait ainsi entrevoir comme récompense pour certaines dénonciations l'attribution du droit de cité (6) ou l'exemption d'impôts (7) ; notamment on promet la liberté à l'esclave qui dénoncera le meurtrier de son maître (8) ou d'autres crimes graves (9).

---

(1) Telle est l'impression que donne le texte d'Ulpien, *Dig.*, 47, 10, 5, 11 : *ei qui indicasset, sive liber sive servus sit, pro modo substantiae accusatae personae aestimatione judicis praemium constituitur, servo forsitan et libertate praestanda* (sans laquelle à vrai dire la récompense en argent n'a pour lui aucun sens) ; *quid enim, si publica utilitas ex hoc emergit?* Dans ces cas, l'esclave n'acquiert pas la liberté de plein droit, mais seulement lorsqu'elle lui est attribuée par une sentence du tribunal (*Cod.*, 7, 13, 1). On parle ici de récompense sans préciser davantage (*C. Th.*, 9, 21, 5 = *Cod. Just.*, 9, 24, 2).

(2) Tite-Live, 39, 19, 4. 5.

(3) Denys, 5, 57.

(4) Typique en ce sens est le récit de Vindicius (Tite-Live, 2, 5 ; Denys, 5, 13 ; Plutarque, *Popl.*, 4-7). Autres preuves : Tite-Live, 4, 45, 2. 22, 33, 2. 26, 27, 6. 27, 3, 5. 32, 26, 9. 14. *Ep.*, 77. Appien, *B. c.*, 1, 54. Cicéron, *Pro Balbo.*, 9, 24. *C. Th.*, 7, 18, 4. c. 9, 1, 2. Le propriétaire est indemnisé par la communauté. (Tite-Live, 32, 26, 14).

(5) Les esclaves qui parvenaient de cette manière à la liberté recevaient régulièrement en outre une somme d'argent. Les personnes libres recevaient des sommes plus élevées. Les récompenses sont dans certains cas augmentées, lorsque la dénonciation a été efficace et a été continuée (Cicéron, *In Cat.*, 4, 5, 10 ; *In Vat.*, 11, 26 ; Salluste, *Cat.*, 50, 1).

(6) Constantin promet le droit de cité aux Latins qui dénoncent un rapt : *Cod. Th.*, 9, 24, 1, 4.

(7) Pour la dénonciation d'un déserteur : *C. Th.*, 7, 18, 4, 1 = *C. Just.* 7, 13, 4. Pour la dénonciation d'un falsificateur de monnaie : *C. Th.*, 9, 21, 2, 1 = *C. Just.* 7, 13, 2.

(8) *Dig.*, 29, 5, 3, 13-15 (cpr. *Dig.*, 50, 16, 197). *Cod.*, 7, 13, 1.

(9) Dénonciation du libelle diffamatoire *Dig.*, 47, 10, 5, 11 ; de la falsification de monnaie (n. 7) ; du rapt (*C. Th.*, 9, 24, 1, 4 = *C. Just.*, 7, 13, 3,

De même que pour pousser aux déclarations dont la communauté a besoin dans l'administration de la justice pénale on fait tout à la fois appel aux sentiments d'intérêt personnel et à l'idée de devoir, de même c'est sur des mobiles analogues que l'on compte pour provoquer l'exercice de la procédure pénale.

Récompense du magistrat qui intente un procès pour la communauté.

La procédure qui relève du magistrat est sans contredit dominée à l'époque républicaine par ce principe très élevé que le magistrat qui l'engage ne doit en attendre que des soucis et même le cas échéant des dangers, mais ne doit en espérer aucun profit. Il n'y eut d'exception que pour les actions pénales édiliciennes (I p. 179 sv.), dans lesquelles les désagré-
(507) ments du rôle d'accusateur n'étaient contrebalancés par aucune compensation politique et où il convenait tout particulièrement de susciter les interventions dans l'intérêt commun. On permit ici au magistrat, comme nous le montrerons à propos des peines pécuniaires, d'utiliser à son gré, mais dans l'intérêt public et non pas pour lui-même, les sommes acquises par l'exercice de ces actions pénales, exactement comme le ferait un général avec le butin de guerre.

Lorsqu'un magistrat, comme cela était vraisemblablement la règle dans l'ancien droit, faisait valoir par voie d'action privée les créances délictuelles ou autres de la communauté, il n'en retirait pas plus de profit personnel qu'en engageant une action pénale publique. Dans un cas comme dans l'autre, il remplissait son devoir professionnel et tout ce qu'il acquérait de ce chef appartenait à la communauté. Toutefois, comme nous l'exposerons à propos du péculat, les lois municipales accordèrent pour ces actions le même droit de disposition que pour les sommes acquises par les édiles.

En cas de délit privé, l'intérêt personnel est le motif déter-

---

d'après la rédaction originaire, liberté latine; d'après la rédaction récente, liberté romaine); dénonciation du concubinage d'une femme libre avec un esclave : *C. Th.*, 9, 9, 1 = *C. Just.*, 9, 11, 1, 1; de la désertion (n. 7). On prévoit également ici l'indemnité à payer au maître (*C. Th.*, 9, 21, 2, 1; *C. Just.*, 7, 13, 2).

minant, lorsque la victime intente elle-même l'action et aucun autre stimulant n'est nécessaire.

Récompense du particulier qui intente un procès pour la communauté.

Au contraire, lorsque la loi appelle les citoyens en général à exercer une action privée dans l'intérêt d'autrui, on ne peut attendre un résultat pratique sérieux qu'à la condition de faire entrevoir en même temps au demandeur un avantage personnel. A vrai dire, dans les actions populaires du droit privé, comme par exemple dans les nombreuses actions de ce genre établies pour la protection des routes terrestres et fluviales publiques, l'intérêt propre de ceux qui s'en servent et l'intérêt public étaient si connexes qu'un tel stimulant n'était pas nécessaire (1). Celui-ci était indispensable et a été en fait utilisé dans l'action d'usure de l'ancienne République. Cette action a pu être intentée par une personne qui ne souffrait pas de préjudice personnel et une partie de l'indemnité du quadruple a dû échoir à ce demandeur. Toutefois la construction juridique de cette procédure rapidement tombée en désuétude et dont nous reparlerons dans le Livre suivant n'est pas très bien connue. (508) Lorsque plus tard, dans la dernière période de la République, abstraction faite du procédé des anciennes actions populaires, on laissa souvent aux citoyens le soin de poursuivre par une action privée le recouvrement des amendes dues à la communauté en vertu d'une disposition de loi (2), il ne fut pas rare qu'on promit au demandeur une partie du bénéfice. C'est ainsi que la loi de Sylla sur le meurtre mentionne une délégation d'une quote-part de l'amende à celui qui a pris la peine de prouver dans un débat judiciaire que le testament de la per-

(1) On ne contestera pas que les amendes pécuniaires que l'on rencontre dans les actions populaires doivent, d'après leur nature, tomber dans la caisse de la communauté. Mais cela ne s'oppose pas à la conjecture d'après laquelle ces amendes ont été, dans le développement postérieur du droit, attribuées au demandeur qui triomphe. Bruns (*Kl. Schr.*, 1, 313 sv.) a relevé ce point à l'encontre de mon ancienne opinion et l'a fait avec raison pour le droit de Justinien.

(2) Il n'est pas possible de prouver, mais il est très vraisemblable que cette institution a son origine dans les dénonciations fiscales, dans la réglementation des droits de pacage et des droits de douane.

sonne assassinée a été illégalement ouvert (1). Nous rencontrons des dispositions analogues pour le déplacement des bornes (2) et la dégradation des sépultures (3) et des aqueducs (4); il est manifeste que des promesses de récompense ont été fréquemment faites aux demandeurs dans les mêmes conditions, mais ces promesses sont toujours contenues dans une loi spéciale (5).

(509) Récompense de l'accusateur dans la procédure d'accusation.

De même que l'action privée intentée devant le préteur dans l'intérêt de la communauté a servi en principe de modèle et de règle pour la procédure des *quaestiones*, de même les primes accordées au demandeur ont passé de la première procédure dans la seconde. Toutefois l'analogie de la situation du demandeur dans la procédure des *quaestiones* avec celle d'un magistrat s'est fait sentir ici de telle façon que cette fonction ne pouvait pas décemment être rémunérée par une somme d'argent comme l'étaient les services subalternes rendus à la communauté par le demandeur dans les procès d'amende.

---

(1) D'après Gaius, *Dig.*, 29, 5, 25, 2, il y a contre celui qui, en ouvrant d'une manière intempestive le testament d'une personne assassinée, a ainsi soustrait à la torture applicable à toute la domesticité un esclave affranchi dans ce testament, une *actio popularis, cujus poena in centum aureos* (= 100000 sesterces) *ex bonis damnati extenditur : et inde partem dimidiam ei, cujus opera convictus erit, praemii nomine se daturum praetor pollicetur, partem in publicum redacturum.*

(2) Loi agraire de César, c. 55 : *ejusque pecuniae* (de la peine pécuniaire de 50000 sesterces encourue pour chaque borne que les récupérateurs reconnaissent avoir été déplacée *quod receptum erit, partem dimidiam ei, cujus unius opera maxime is condemnatus erit,* [*dato*], *partem dimidiam in publicum* (de la communauté intéressée) *redigito.*

(3) Quant à l'action pour violation de sépulture, cpr. ce que nous disons au Liv. suivant à propos du dommage causé à la chose d'autrui. La prime d'une quote-part ne nous est attestée que par quelques inscriptions sépulcrales municipales qui la fixent au quart de l'amende.

(4) Senatusconsulte de 743/11 (Frontin, *De aq.*, 127) : *ut... si quis adversum ea commiserit, in singulas res poena sestertium X milium esset, ex quibus pars dimidia praemium accusatori daretur, cujus opera maxime convictus esset... pars autem dimidia in aerarium redigeratur.*

(5) Les cas de services rendus à la communauté par l'exercice d'une action, que nous réunissons ici, sont de même espèce en ce sens que le demandeur récompensé ne s'est pas présenté dans une procédure de *quaestio* et que la récompense n'est pas accordée pour l'exercice d'une action criminelle proprement dite; ces deux caractères donnent ici à l'institution une toute autre base, notamment au point de vue moral.

En fait, les récompenses des accusateurs ont toujours à l'époque républicaine un caractère politique ; l'accusateur qui triomphe obtient une plus haute charge dans la cité ; on lui attribue notamment, le cas échéant, celle que le condamné a perdue par suite de la sentence rendue contre lui. Donc, si cet accusateur est citoyen, il obtient pour lui et ses successeurs l'exemption du service militaire (1), il entre dans la tribu du condamné, si celle-ci est d'un rang plus élevé que la sienne (2), il passe dans une classe supérieure au sénat, si l'accusé appartenait ici à une classe plus élevée (3). Dans le procès pour cause de corruption électorale, on donnait à celui qui, reconnu coupable de ce délit, avait été rayé de la liste du sénat, la possibilité de rentrer au sénat en formant une accusation du même genre contre un autre sénateur (4). L'accusateur latin acquérait le droit de cité par suite de l'accusation ou demeurait latin, s'il le préférait, mais recevait cet attribut du droit de cité qui permet en cas de procès criminel de faire la *provocatio* aux comices de Rome (5). Les lois républicaines relatives aux *quaestiones* n'ont, à notre connaissance, alloué des récompenses pécuniaires que dans des cas peu importants (6). Celles-ci, dans l'état actuel des sources, n'apparaissent pour la première fois au profit des accusateurs des procès (510)

(1) *Lex repetundarum*, l. 83. 84. Cicéron, *Pro Balbo*, 22, 51. Dion, 46, 49. Encore sous Constantin *C. Th.*, 9, 24, 1.

(2) Cicéron, *Pro Balbo*, 23, 52.

(3) Cicéron, *Pro Balbo*, 25, 57 : *Legum praemiis praetoriam sententiam et praetextam togam consequuntur*. Dans la *lex coloniae Genetivae*, c. 124, on permet au décurion qui, en se servant de la procédure d'indignité organisée à cet endroit, a provoqué l'exclusion d'un décurion de l'assemblée municipale, *si volet, in ejus locum qui condemnatus erit sententiam dicere*. C'est vraisemblablement cette récompense que visent Cicéron, *Verr.*, 5, 67, 173 sv. et les indications d'Asconius, *In Mil.*, p. 54, sur les récompenses dans le procès d'*ambitus* et dans celui de *sodalicium*. Cette récompense se rencontre également dans les procès contre les meurtriers de César (Dion, 47, 49).

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 36, 98. Dion, 36, 38 [21]. Appien, *B. c.*, 2, 24. Quintilien, 11, 1, 79. Modestin, *Dig.*, 48, 14, 1, 2 : *lege (Julia ambitus) damnatus si alium convicerit, in integrum restituitur, non tamen pecuniam recipit.*

(5) *Lex Acilia repetundarum*, l. 79-85.

(6) Lorsqu'à la suite du meurtre du maître les esclaves sont soumis à

politiques que dans les procès criminels intentés en vertu de la loi Pedia contre les meurtriers du dictateur César (1). Elles sont ensuite formellement admises par la législation d'Auguste dans la procédure pénale au cas de peines pécuniaires graves et notamment de confiscation de patrimoine; on promet même à l'accusateur, au moins pour les crimes de lèse-majesté, le quart du patrimoine du condamné (2). C'est également à l'époque d'Auguste qu'appartient la disposition, dont nous parlerons à propos du meurtre, d'après laquelle celui qui en cas d'assassinat du maître n'intente pas l'action de meurtre contre les esclaves de celui-ci perd éventuellement ses droits de succession; cette disposition peut en fait être rangée parmi celles qui assurent des récompenses aux accusateurs.

Procédure pour l'attribution des primes.

Lorsque l'accusation a réussi, le tribunal se prononce sur les

---

la torture et que plusieurs d'entre eux s'enfuient pour échapper à ce tourment, l'accusateur reçoit pour chaque esclave qu'il ramène une récompense de 500 ou même dans certains cas de 1000 sesterces (*Dig.*, 29, 5, 25). L'observation que cet argent, s'il ne peut pas être pris dans le patrimoine du meurtrier condamné, doit être fourni par la caisse de l'État, montre tout particulièrement le but de cette loi qui est de susciter des accusateurs contre les auteurs de ce crime odieux. Lorsque le meurtre est accompli dans le but de recueillir une hérédité et est accompagné dans ce but de la confection d'un faux testament, ainsi que nous l'indique Cicéron, *Pro Cluentio*, 44, 125, c'est-à-dire en cas de *testamentum internecivum* (Festus, p. 114; Isidore, 5, 26, 18. 10, 150), on donne à l'accusateur, si le récit d'Isidore est exact, le droit de réclamer l'hérédité du meurtrier.

(1) Dion, 47, 49.

(2) Tacite, *Ann.*, 4, 20 : *M. Lepidus quartam accusatoribus secundum necessitudinem legis, cetera liberis concessit.* La *quarta* du *delator* était donc expressément reconnue pour le crime de lèse-majesté dans la loi d'Auguste. Il semble qu'on ait procédé de même dans un procès de lèse-majesté qui eut lieu un peu plus tard (Tacite, *Ann.*, 6, 47); le fait que dans d'autres procès on répartit le patrimoine du condamné entre les accusateurs (Tacite, *Ann.*, 2, 32) ou qu'on paie des sommes déterminées (Tacite, *Ann.*, 16, 33) peut s'expliquer par le pouvoir souverain du tribunal sénatorial. Il est douteux que le droit à la quarte ait été reconnu d'une manière générale pour la procédure des *quaestiones*; les scolies sur le *Pro Roscio*, 20, 55, p. 431 : *si accusasset aliquis reum et vicisset quartam partem bonorum ejus accipiebat* fortifient d'autant moins cette conjecture que la règle est ici faussement rattachée à la *quadruplatio*. — Ainsi que nous le montrerons dans le Liv. suivant, cette quarte reparaît comme prime aux délateurs tant dans les amendes sépulcrales que dans les dénonciations fiscales; nous ne pouvons déterminer quel a été son point de départ.

honneurs et avantages qui doivent être accordés à l'accusateur et jouit à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation. Cette attribution n'a pas lieu au profit de toutes les personnes qui ont pris part à l'action, mais seulement de celle à qui l'on doit principalement la réussite du procès (1) ; c'est pourquoi dans les procès jugés par des jurés ou par le sénat, un vote (511) spécial a lieu sur cette question postérieurement à la décision intervenue sur l'accusation (2).

Les Romains ne se sont pas dissimulé que ces récompenses accordées aux accusateurs ont quelque chose de choquant et de dangereux, notamment dans les vrais procès criminels. Sous Tibère, une proposition fut faite au sénat en vue de les restreindre, mais elle fut repoussée (3). Toutefois, leur emploi est resté limité au domaine de la procédure d'accusation proprement dite (4) et il semble même que dans la dernière période de l'empire cette institution ait disparu de ce domaine, sauf de faibles vestiges (5).

---

(1) Une règle de ce genre apparaît déjà dans la *lex Acilia repetundarum* : les accusateurs proprement dits sont les victimes, mais la récompense est accordée (l. 85) à celui *quojus eorum (qui detulerunt) opera maxime unius eum condemnatum esse constiterit*, formule qu'on retrouve constamment (II p. 200 n. 2 et 4 ; p. 203 n. 2) dans les procès intentés pour la communauté.

(2) Asconius, *In Mil.*, p. 54 : *damnatum (Milonem) opera maxime Appi [Claudi junioris] pronunciatum est.* Quintilien, *Inst.*, 3, 10, 3 : *divinatio... inter delatores, uter praemium meruerit.*

(3) Tacite, *Ann.*, 4, 30. On proposa de supprimer les récompenses au moins pour le cas où l'accusé s'était soustrait à la sentence capitale par le suicide ; mais Tibère s'en tint au texte des lois.

(4) Il semble que dans la procédure devant l'empereur on n'ait jamais eu recours aux *praemia accusatorum* proprement dits ; les avancements et libéralités accordés aux accusateurs complaisants qui mettaient leur mauvaise foi au service de leur attachement à l'empereur (Tacite, *Ann.*, 2, 32. 3, 19. 4, 30. 16, 12. 33. *Hist.*, 1, 2. 2, 10. Suétone, *Tib.*, 61. Dion, 57, 19. 58, 14) n'appartiennent pas au droit pénal. En outre, des doutes s'élèvent sur le point de savoir quel fut, en dehors de la procédure des *quaestiones* de la capitale et de la procédure sénatoriale, le champ d'application pratique de l'institution des primes aux accusateurs.

(5) Nous avons relevé précédemment les débris peu importants de ces dispositions qui sont passés dans les ouvrages juridiques. Une constitution, qui est vraisemblablement de Justinien, contenue au *Cod.*, 10, 11, 8, 6, promet à l'accusateur qui triomphe dans le procès de lèse-majesté le huitième du gain résultant du procès.

SECTION XI

LES PROCÈS VERBAUX

Apparition des actes des magistrats.

Le procès romain ne donne pas lieu, par son organisation même, à la rédaction officielle d'un procès-verbal, la seule dont il puisse être question ici (1). Le litige porté par les parties devant le tribunal se termine régulièrement pour le magistrat par l'organisation de l'action suivant le modèle établi et par la délivrance d'une instruction donnée au jury; ce procès, par nature, n'exige pas nécessairement la fixation d'un jour de comparution. L'instruction, au début orale et constatée par témoins, peut depuis une époque reculée avoir été donnée par écrit; mais le magistrat n'a plus à s'en préoccuper dès qu'il l'a délivrée. La procédure pénale publique du début, à raison de son organisation même, permet bien plus fréquemment encore que la comparution de l'accusé et le jugement aient lieu en une seule audience. Toutefois, dans les procès pénaux de la compétence des magistrats et des comices, il y eut non seulement fixation de plusieurs audiences publiques, mais le jugement que le magistrat présentait comme projet à la confirmation des comices dût même de bonne heure être, comme les projets de lois, consigné par écrit (2);

(1) Quant aux comptes-rendus sténographiques de discours judiciaires faits dans un but littéraire (cpr. sur ce point, par exemple, Quintilien, 7, 2, 24), nous ne pouvons pas en parler dans le droit pénal.

(2) *St. R.*, 3, 314 [*Dr. publ.*, 6, 1, 358]. Nous n'avons pas de témoignage exprès établissant que l'obligation de consigner les propositions par écrit ait été étendue aux comices judiciaires.

il est même vraisemblable que cet acte était déposé dans les archives de la cité. Mais il est difficile d'admettre, même pour cette dernière catégorie de procès criminels, qu'il y ait eu un résumé écrit des débats alors que les accusations (513) devant le peuple ou la plèbe suivaient leur cours les unes à côté des autres, manifestement sans réglementation générale, au hasard des caprices des différents magistrats (1). — La procédure des *quaestiones* réclamait au contraire nécessairement un procès-verbal des débats. Ici, l'expédition d'une série de procès du même genre se déroulant depuis l'introduction de l'action jusqu'au jugement définitif en plusieurs audiences sous la présidence du même magistrat et l'obligation qui incombait à chaque magistrat de reprendre lors de son entrée en charge tous les litiges pendants devant son prédécesseur et d'en poursuivre également l'examen (I p. 241 n. 1) exigeaient que les actes accomplis par le magistrat dans l'exercice de sa charge fussent régulièrement consignés par écrit.

Cette consignation par écrit à laquelle il est difficile de reconnaître un caractère officiel au sens strict du mot (2), mais qui rentrait incontestablement dans les devoirs de la charge du *quaesitor*, se rattache à l'ancienne habitude de tenir des livres de comptes domestiques (3). Cette pratique a vraisem-

(1) Le droit public prescrit seulement à cet égard de ne pas provoquer une délibération du peuple pour deux affaires simultanément et détermine, pour le cas de collision, quel magistrat doit avoir la priorité (*St. R.*, 3, 374 [*Dr. publ.*, 6, 1, 429]).

(2) Cela ressort notamment de ce fait que dans les collèges de magistrats chaque autorité tient personnellement son registre et que la valeur des procès-verbaux dépend de la créance que mérite chaque magistrat pris individuellement (II p. 204 n. 2), exactement comme cela se produit pour les registres domestiques.

(3) C'est ce que montre l'analogie de nom, de contenu et de réglementation. Le registre domestique s'appelle *tabulae* (ou *codex*, ce qui est la même chose : *plurium tabularum contextus*, dit Sénèq., *De brev. vitae*, 13, 4, *caudex apud antiquos vocatur*) *accepti et expensi* (Cicéron, *Pro Quinct. Roscio*, 1. 2. *Verr.*, 1. 2, 76, 186) ou dans un langage moins rigoureux *commentarius* (Cicéron, *Ad Att.*, 7, 3, 7). Il contient à côté des articles de recettes et de dépenses les titres relatifs au patrimoine, selon toute apparence, même ceux qui ne concernent pas personnellement le titulaire du regis-

blablement fait naître de bonne heure, non par l'effet de la loi, mais en vertu de la coutume, l'usage de tenir un registre non officiel pour les actes de sa fonction. L'habitude pour chaque magistrat de faire enregistrer tous les actes de ce genre dans
(514) un livre journal s'étendit tout à la fois aux actes accomplis en qualité de juge répressif et aux autres actes du magistrat ; c'est pourquoi nous devons examiner ici l'institution dans son ensemble (1).

Nom. Le terme technique usité à l'époque ancienne pour désigner ce livre-journal est celui de *tabulae publicae* auquel on ajoute le nom du magistrat qui a donné mandat de le tenir (2); ce n'est que sous le Principat qu'on employa régulièrement et officiellement, en y ajoutant le nom du magistrat, le terme de *commentarium* ou *commentarii*, ὑπομνηματισμοί, applicable en soi à toute annotation écrite (3). On parle également, en y

---

tre (Cicéron, *Pro Q. Roscio*, 1, 1). La date était essentielle et fixait l'ordre des mentions (Cicéron, *Pro Q. Roscio*, 3 et ailleurs). — Wilcken dans le traité cité II p. 206 n. 1 rattache l'usage des livres journaux des magistrats dont il a prouvé l'existence pour l'Egypte aux livres journaux du roi Alexandre et de ses successeurs ; mais ces derniers sont tout à fait différents des premiers et cet auteur ajoute lui-même que les nombreuses preuves égyptiennes de cet usage appartiennent toutes à l'époque romaine. L'examen des indications romaines ne permet pas de douter que la coutume n'ait passé de Rome en Egypte.

(1) Les preuves les plus nettes nous sont données, parmi les documents latins, par l'extrait du registre municipal de Caeré de 113 (*C. I. L.*, XI, 3614), et parmi les titres grecs par les restes, conservés dans un papyrus de Paris, du livre journal tenu en 223 pour le stratège du nomos d'Ombos et du nomos d'Eléphantine. Wilcken dans *Philologus*, 53 (1894) p. 80 sv., a publié ce dernier titre et en a donné un excellent commentaire.

(2) C'est ainsi que Cicéron, *In Vat.*, 14, 34, parle des *tabulae publicae C. Memmii*, qui était président de *quaestio* et désigne *Pro Balb.*, 5, 11, le registre tenu par Q. Metellus en qualité de gouverneur de province tant comme *tabulae ipsius* que comme *tabulae publicae*. Cette désignation se rencontre aussi ailleurs comme terme technique. *Codices* est également employé dans ce sens : Cicéron, *Verr.*, I. 1, 46, 119 (II p. 207 n. 4). Sénèque, *De brev. vitae*, 13, 4 : *publicae tabulae codices dicuntur*.

(3) Cicéron (*Verr.*, 5, 21, 54) emploie déjà cette expression, susceptible en elle-même de recevoir une application générale (cpr. *St. R.*, 3, 1019 [*Dr. publ.*, 7, 215]), pour désigner le registre des actes accomplis par le gouverneur de province dans l'exercice de ses fonctions. Pour la terminologie technique usitée à l'époque postérieure, il suffit de rappeler les fonctionnaires militaires subalternes *a commentariis* ou *commentarienses*. Les Grecs

joignant une épithète, de *commentarium cottidianum* (1). Quant aux procès-verbaux, on les appelle fréquemment *acta* (2) et dans le latin de la dernière époque *gesta* (3). — On les cite d'après les tomes, les pages et les alinéas (4).

La tenue d'un livre journal est à l'époque ancienne imposée en fait, et sans aucun doute aussi en droit sous le Principat, à tout magistrat de l'empire ou d'une communauté de l'empire, sans distinction de rang (5). Lorsque des magistrats étaient (515)

Rédaction des procès verbaux.

---

emploient de même les mots ὑπομνηματίζειν, ὑπομνηματισμοί, ὑπομνηματογράφος. Ce n'est pas le lieu d'examiner cette question de plus près.

(1) *Commentarium cottidianum municipi Caeritum* avec indication préalable de la date est le titre du registre municipal de Caeré (II p. 206 n. 1).

(2) Dans l'ancien usage du langage, les *acta* du magistrat sont les actes qu'il accomplit dans sa fonction sans égard à leur consignation par écrit, les *acta publica* sont le journal de la capitale, qui manifestement fut composé, au moins pour une bonne partie, avec les différents livres journaux des magistrats. Chez les jurisconsultes de l'empire, les *acta* sont les procès-verbaux ; c'est ainsi que chez l'un d'eux (*Vat. fr.* 112) le magistrat municipal déclare aux parties : *sermo vester in actis erit*, c'est-à-dire : il figurera au procès-verbal ; de même il est souvent question d'une déposition *apud acta*, c'est-à-dire avec consignation au procès-verbal (II p. 211 n. 3).

(3) Léon, *Cod.* 1, 2, 14, 7[4] : *judicibus vel jus gestorum habentibus. Gesta* reçoit ce sens dans une constitution de Dioclétien (*Cod.*, 2, 56, 1) et fréquemment dans la suite. Aux *gesta* correspondent chez Lydus, *De mag.*, 2, 20, les *cottidiana*, auxquels cet auteur oppose les *regesta*, c'est-à-dire les constitutions impériales et autres documents d'importance durable qui sont réunis dans chaque bureau (*regesta diversorum officiorum* dans les constitutions de Théodose II, § 6 et de même dans celle de Justinien § 4 sur l'introduction de leurs Codes ; cpr. Godefroy sur *C. Th.*, 11, 23, 14).

(4) Des extraits de Caeré, le premier est annoncé *inde* (d'après la page du titre) *pagina XXVII kapite VI*, le suivant *inde pagina altera kapite primo*, le troisième *inde pagina VIII kapite primo*. Il en est de même dans les titres égyptiens (Wilcken, *loc. cit.*, p. 102) par ex. : ὁ στρατηγὸς κολλήμ(ατος) οζ′ τόμου β′, sur la 77e feuille de papyrus du deuxième tome. Cpr. Cicéron, *Verr.*, I. 1, 46, 119 : *L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus... intercessit.* Sous le nom de *pagina*, il faudra de préférence entendre les colonnes des *papyri* écrits d'un seul côté ; il n'est jamais question ni de recto ni de verso.

(5) Le droit de pouvoir tenir un pareil registre est précisément le *jus gestorum* (II p. 207 n. 2). D'autres preuves ne sont pas nécessaires ni pour les magistrats d'empire, ni pour les magistrats municipaux (les témoignages égyptiens établis jusqu'ici sont relevés par Wilcken et Krebs dans le *Philologus*, 53, 109. 577). Nous trouvons des procès-verbaux de ce genre très détaillés notamment à propos des controverses donatistes sur la livraison des livres saints des chrétiens.

constitués en collège, chacun d'eux tenait au début un registre distinct (1); ce fut seulement plus tard qu'on rencontra dans les cas rares où des charges étaient ainsi organisées un livre journal commun (2). Le magistrat ne tient pas plus le registre personnellement que le particulier ne le fait ordinairement pour son livre de comptes domestiques (3); ce soin est confié à un tiers. Mais ce mandataire n'apparaît pas comme tel dans les registres, son nom ne figure peut-être même pas dans les écrits. Jusque dans les derniers temps, ce rôle paraît avoir été
(516) ordinairement tenu par un serviteur privé du magistrat (4),

(1) Lorsqu'en 665/89 l'ordre fut donné aux nouveaux citoyens de se déclarer comme tels devant les préteurs, ces déclarations ne furent pas enregistrées par le collège des préteurs, mais chacun de ces magistrats tint dans ce but un registre spécial. Cicéron nous dit à cet égard, *Pro Archia*, 4, 9 : *iis tabulis professus* (*est Archias*) *quae solae ex illa professione collegioque praetorum obtinent publicarum tabularum auctoritatem : nam cum Appii tabulae neglegentius adservatae dicerentur, Gabinii, quamdiu incolumis fuit, levitas, post damnationem calamitas omnem tabularum, fidem resignasset, Metellus... tanta diligentia fuit, ut... unius nominis litura se commotum esse dixerit.* De même les deux préteurs de la capitale, Verrès et Pison, tiennent leurs registres séparément (Cicéron, *Verr.*, I. 1, 46, 119).

(2) C'est ce que montre par exemple le procès-verbal de 474 relatif à une ouverture de testament devant les duumvirs de Ravenne (Marini, *Pap.*, p. 110; Bruns, *Fontes* [6], p. 280 [Girard, *Textes* [3], p. 775]).

(3) C'est ce que montre l'exception signalée par Cicéron, *Ad Att.*, 7, 3, 7.

(4) Tel est certainement le caractère du *notarius*, qui rédigeait le procès-verbal lors de l'interrogatoire de Pionius devant le néocore de Smyrne (c. 9 : γράφοντος τοῦ νοταρίου πάντα) et que les ouvrages juridiques désignent aussi comme un serviteur privé (*Dig.*, 4, 6, 33, 1 : *eos qui notis scribunt acta praesidum, rei publicae causa non abesse certum est*). Dans le procès criminel décrit par Agathias, 4, 1, il y avait à côté du juge impérial qui siégeait au tribunal ἄνδρες γράφειν τε ἐς τάχος πεπαιδευμένοι καὶ ἐπιτροχάδην ἀναλέγεσθαι τὰ γεγραμμένα. Les *scribae* des gouverneurs, auxquels il est fréquemment fait allusion dans les Verrines, ont peut-être eu pour mission de tenir les registres officiels des gouverneurs en même temps qu'ils tenaient les comptes et ce qui est dit d'eux (Cicéron, *Verr.*, 3, 79, 183) : *eorum hominum fidei tabulae publicae periculaque* (= brouillons) *magistratuum committuntur*, peut se rapporter aux deux fonctions. En dessous d'eux se trouvent, il est vrai, des appariteurs publics (Cicéron, *loc. cit.*), comme on en rencontre quelques-uns dans les provinces à la suite des gouverneurs (*St. R.*, 1, 348 n. 2 [*Dr. publ.*, 1, 399, n. 2]); mais d'autres ont été serviteurs privés du magistrat et il est bien possible que les scribes publics aient été chargés des comptes et les scribes privés des procès-verbaux. On ne peut exposer ici la condition juridique des scribes en général; celle des scribes municipaux était réglée par les différents

bien que celui-ci ait aussi, dans certains cas, chargé de ce service des amis de confiance (1). L'habitude de faire tenir les livres journaux des magistrats par des soldats détachés à cette fonction, pratique qui donnera naissance aux *commentarienses* militaires, peut, en tant que le magistrat a le droit de commander à ces soldats, remonter à une époque ancienne, mais elle ne se présente sous l'aspect d'une institution régulière que pendant le Principat. — De même que dans la comptabilité domestique les *tabulae accepti et expensi* sont établies d'après des *adversaria* provisoires (2), de même la tenue des livres journaux des magistrats suppose des notes prises sur les lieux et mises ensuite au net (3). C'est cette dernière opération que vise la constitution de Constantin, d'après laquelle les *acta* doivent être terminés le troisième jour, au plus tard le cinquième jour (517) après les débats (4). — On ne trouve aucune trace, dans l'ancien droit, d'une légalisation du procès-verbal par le magistrat lui-même ; par contre, on trouve à la fin des titres égyptiens la remarque ἀνέγνων, *legi*, écrite d'une autre main que le texte ; cette main est sans doute celle du magistrat lui-même (5).

---

droits municipaux et, malgré de nombreuses diversités, elle était dans l'ensemble celle des fonctionnaires subalternes.

(1) C'est ainsi que Cicéron, lorsqu'il était consul, se servit de jeunes sénateurs pour rédiger le procès-verbal lors de l'interrogatoire des partisans de Catilina (*Pro Sulla*, 14).

(2) Cicéron, *Pro Q. Roscio*, 2, 3.

(3) Dans les procès des Donatistes sous Constantin (dans l'appendice du t. 9 de l'édition des œuvres d'Augustin faite par les Bénédictins de Saint-Maur, p. 18), l'ancien duumvir Cécilien reçoit l'ordre, dans un débat sur la question de livraison des Ecritures saintes, de comparaître avec ses actes, son scribe et son *tabularius* devant le fonctionnaire de l'empire. Le duumvir déclare qu'après un si long temps — onze ans — les actes ne peuvent plus être retrouvés ; le scribe dit : *magistratus expleto* (ms. *suppleto*) *anno omnes actus suos domum suam tulit ; si mei in cera possint inveniri inquiro*. Le brouillon est donc fait sur des tablettes de cire et la mise au net avait probablement lieu sur papyrus.

(4) *C. Th.*, 1, 12, 1.

(5) Je ne puis renvoyer à cet égard qu'aux explications satisfaisantes de Wilcken, *loc. cit.*, p. 98. D'après Lydus, *de mag.*, 3, 11, les assesseurs, lorsque le jugement a été arrêté et lu, le font remettre au « *schediarium* » — vraisemblablement aux *commentarii* — et présenter à la signature du magistrat par l'intermédiaire de subordonnés chargés de ce service —

Forme et contenu du procès-verbal.

Au point de vue de la forme, le scribe indique d'abord le lieu et la date, puis rapporte à la troisième personne et dans une formule narrative (1) jour par jour ce que le magistrat a fait et dit ou ce qui lui a été dit, en se limitant bien entendu aux actes de la fonction; on y trouve aussi consignées, du moins dans la dernière période, les visites et les réjouissances officielles (2). Mais ce sont les débats judiciaires qui forment la partie la plus importante de ces procès-verbaux. S'il est douteux, comme nous l'avons déjà dit, que les instructions données aux jurés uniquement d'après les dispositions de l'édit aient fait isolément l'objet d'un procès-verbal; il est au contraire certain que les décrets rendus après consultation d'un *consilium* ont été relevés dans le registre du magistrat (3). Dans la procédure pénale plus récente — nos renseignements ne remontent pas jusqu'à la plus ancienne — on consigne dans les procès-verbaux la réception de l'accusation avec l'inscription et la *subscriptio* (4), la liste des jurés et ses modifications (5), les dires des parties et de leurs représentants (6), les
(518) dépositions des témoins (7), le vote et la reddition de la sen-

---

des *subscribendarii* — τὸ παρ' Ἰταλοῖς καλούμενον ῥέκτινον — ; ce dernier terme est peut-être une corruption de *periculum*.

(1) On trouve toujours *dixit* et jamais la forme *dicit* des édits.

(2) Cela a du moins lieu dans le registre égyptien de 223.

(3) Cicéron, *Verr.*, I. 1, 46, 119. I. 5, 21, 54.

(4) Cicéron, *Pro Cluentio*, 31, 86 : *haerebat in tabulis publicis reus et accusator.*

(5) Cicéron, *In Verr.*, I. 1, 61, 157. 158.

(6) Nous trouvons dans les *Vat. fr.*, 112 et sv. un procès-verbal dressé par l'autorité municipale relativement à une réclamation de dot après divorce : *Anicius Vitalis* (le représentant de la femme) *dixit* —, puis *Flavius Vetus junior* (le mari) *dixit* — puis *duumvirum* (nominatif) *dixit*, le tout rédigé dans le style direct. De même, *Dig.*, 26, 8, 21. 28, 4, 3. Eusèbe, *H. e.*, 7, 11; *C. Th.*, 8, 5, 1, où l'empereur Constantin parle latin et le plaideur en grec, et ailleurs un nombre incalculable de fois.

(7) Cicéron, *Pro Cluentio*, 23, 62, dit relativement à des procès criminels antérieurs : *extat memoria, sunt tabulae publicae... testium dicta recita.* On lit de la même manière des dépositions de témoins faites dans des procès provinciaux antérieurs (Cicéron, *Verr.*, I. 1, 31, 79. c. 33, 84). Lorsque Cicéron dans le second débat contre Verrès s'appuie sur ce qui a eu lieu dans le premier (I. 1, 37, 94. c. 49, 128. 3, 42, 99. 100) et lorsque, plaidant pour Milon après l'audition des témoins, il invoque les dépositions qui

tence (1) ou, si l'on n'allait pas jusque-là, la radiation de l'accusation (2). Le procès-verbal pouvait, suivant l'ordre du magistrat, ou résumer brièvement l'essentiel ou relater entièrement les faits. Ce second procédé fut particulièrement suivi dans la dernière période, lorsque l'usage de la sténographie fut devenu général (II p. 208 n. 4). Les pièces produites au débat, les requêtes adressées au tribunal et les sentences que le magistrat établissait de sa propre main et lisait ensuite (II p. 129 n. 3) pouvaient être insérées au procès-verbal ou y être ajoutées par voie de copie. Cette rédaction d'un procès-verbal devint le signe caractéristique des débats officiels et seuls les actes qui avaient lieu *apud acta*, ἐγγραφῶς (3), furent considérés comme accomplis par le magistrat comme tel. Suivant la compétence du magistrat, le livre journal de ce dernier revêtait un caractère uniforme, comme cela devait être le cas par exemple pour le préteur de *repetundae* dont le registre ressemblait sans doute à une liste d'audiences (4), ou consignait les faits les plus divers, uniquement

---

ont été faites (c. 17, 46), on pourrait songer à un procès-verbal privé ; mais celui-ci serait difficilement nommé *tabulae publicae*.

(1) Procès-verbal pour la *litium aestimatio* : Cicéron, *Verr.*, I. 1, 38, 96. c. 39, 99. Caelius, *Ad fam.*, 8, 8, 3, nous rapporte que dans un procès les voix des juges se partagèrent également et que le préteur, embarrassé, prononça oralement l'acquittement mais n'indiqua ou ne fit indiquer dans le procès-verbal que le chiffre des voix : *in tabulas absolutum non rettulit, ordinum judicia prescripsit.* Les chiffres de vote des trois urnes que nous indique plusieurs fois Asconius proviennent de ces procès-verbaux, mais par l'intermédiaire du journal de la ville qu'il a utilisé.

(2) A cet égard, il y a concordance pour les trois catégories de l'*abolitio*, celle qui a lieu d'office (*ex lege* : II p. 135 n. 3), celle qui est permise par le tribunal (*privata* : II p. 190) et la suppression légale (*publica* II p. 137) ; il n'est pas possible de déterminer de quelle manière cette *abolitio* était réalisée dans les registres.

(3) Actes de Pionius, c. 9 : εἶτα ἐπερώτησεν ἐγγράφως λέγων αὐτῷ· τίς λέγῃ ; actes de Denys chez Eusèbe, *H. e.*, 7, 11, 6 : Αἰμιλιανὸς διέπων τὴν ἡγεμονίαν εἶπε· καὶ ἀγράφως ὑμῖν διελέχθην. On rencontre fréquemment des déclarations faites *apud acta* : Paul, 1, 3, 1. 5, 1, 4. *Dig.*, 2, 4, 17 et ailleurs.

(4) L'examen du procès suivant l'*ordo* et *extra ordinem* (II p. 72 sv.), dans l'ordre et en dehors de l'ordre (cpr. Cicéron, *Verr.*, 3, 4, 8 : *hic cum venit, extra ordinem vocatur*) se rattache manifestement à une pratique du même genre pour l'insertion dans le registre domestique (Cicéron, *Pro Q. Roscio*, 3).

(519) dans l'ordre de leur succession, comme cela a eu lieu ordinairement pour les magistrats provinciaux.

Conservation des procès-verbaux.

Quant à son contenu, le livre journal du magistrat est et s'appelle un registre public; mais au point de vue de sa confection et au point de vue de la propriété, il a un caractère privé comme les registres domestiques. Le magistrat doit le communiquer à son successeur, dans la mesure où l'exige la continuité des procès; de même il est possible qu'il produise son livre journal au moment de sa reddition de compte à l'*aerarium*. Lorsqu'une accusation est élevée contre lui, on saisit ses papiers (II p. 96 n. 4) et tout d'abord son livre journal. Mais celui-ci est sa propriété et demeure tout d'abord sous sa garde et plus tard sous celle de ses héritiers. Pour écarter le soupçon d'une falsification faite après coup, il n'y a peut-être pas d'autre moyen que de publier le cas échéant les *acta* en question (1). Le registre du magistrat a encore ce caractère privé à l'époque de Constantin pour les autorités municipales (II p. 209 n. 3); il l'a perdu sous le Principat et vraisemblablement dès le début de cette période pour les fonctionnaires d'empire; on a ordonné à ces derniers de déposer leurs registres dans les archives ou *monumenta publica* (2) organisées à cet effet (3).

---

(1) Cicéron, *Pro Sulla*, 15, 42 : *cum scirem ita esse indicium relatum in tabulas publicas, ut illae tabulae privata tamen custodia more majorum continerentur... non continui domi, sed statim describi ab omnibus librariis, dividi passim et pervulgari atque edi populo Romano imperavi.*

(2) Le terme latin pour désigner les écrits qui doivent être conservés d'une manière durable est *monumenta publica*. *Dig.*, 10, 1, 11. 22, 3, 10. 47, 10, 37, *pr. C. Th.*, 10, 8, 5. 11, 28, 2. 15, 14, 8 : *publicorum monumentorum scrinia*. 16, 5, 55 (= *C. Just.*, 7, 52, 6) : *gesta translata in publica monumenta*. Glose gréco-latine 2, p. 130, Götz : *monumentum* ἀρχεαι (plutôt ἀρχεῖον) Apulée, (n. 3) nomme les archives provinciales *instrumentum provinciae*. Plus tard, on emploie l'expression grecque même chez les Latins (Augustin, n. 3). — *Tabularium* désigne par opposition les papiers de comptes et les papiers d'affaires courants (*Dig.*, 32, 92, *pr.*).

(3) Apulée, *Flor.*, 1, 9 : *proconsulis .. tabella sententia est... utcumque recitata est, ita provinciae instrumento refertur*. Cyprien, *Ep.*, 67, 6 : *cum... actis publice habitis apud procuratorem ducenarium obtemperasse se idololatriae et Christum negasse contestatus sit*. Eusèbe, *Hist. Eccl.*, 5, 18, 9, cite une condamnation pénale du proconsul d'Asie, Aemilius Frontinus, de l'époque de Marc-Aurèle ou de Commode et le fait d'après les archives d'État de

A la dernière époque ils semblent avoir été exposés dans les archives avant d'y être définitivement classés de manière à permettre à toute personne d'en prendre connaissance (1). On délivre à toute partie intéressée, et même encore à d'autres, copie des différentes pièces (2). (520)

---

cette province (τὸ τῆς Ἀσίας δημόσιον ἀρχεῖον); Augustin (*contra Cresconium*, 3, 70, 80, vol. 9 p. 475 éd. des Bénédictins de Saint-Maur) cite la sentence du proconsul d'Afrique, Aelianus, de l'époque de Constantin avec la remarque : *si tota gesta vis legere, ex archio proconsulis accipe.* Sur les documents égyptiens de cette catégorie on trouve fréquemment une note indiquant leur dépôt dans des archives (Wilcken, *loc. cit.*, p. 99. 106.)

(1) La remarque qu'on trouve écrite sous chaque colonne du registre du stratège égyptien par une autre main que celle du chancelier ; (Nom) ὑπ[ὲρ] προθ(έσεως) εἰς δημόσια κατεχώρισα (Wilcken, *loc. cit.*, p. 99) peut seulement signifier : « ordre a été donné par moi de déposer dans les archives publiques ». Les objections que Wilcken a formulées contre cette opinion ne me paraissent pas concluantes. Lorsque le livre-journal a été livré au fonctionnaire des archives, celui-ci l'examine feuille par feuille, et lorsque rien ne s'y oppose, il ordonne l'exposition publique et ensuite le classement du registre dans les archives.

(2) II p. 97 n, 6. Septime Sévère, *Cod.*, 2, 1, 2 : *is apud quem res agitur acta publica tam criminalia quam civilia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem jubebit*, ce qui semble cependant dépasser la présentation aux parties. Le témoignage d'Augustin (II p. 212 n. 3) prouve aussi que les archives ne sont naturellement pas ouvertes à tout le monde, mais qu'elles sont cependant accessibles. D'après Lydus, *De mag.*, 3, 19, les archives de Constantinople, dans lesquelles tous les actes judiciaires étaient conservés depuis Valens, étaient accessibles à quiconque le voulait (τοῖς ἐπιζητουμένοις οὗτος ἐστὶν ἕτοιμα ὡσεὶ χθὲς τυχὸν πεποιημένα). L'indication de la *Passio Tarachi* (Ruinart, *Acta sinc.*, éd. 1713, p. 422) : *a quodam nomine Sabasto uno de speculatoribus CC denariis omnia ista transcripsimus*, est en soi digne de créance ; mais elle est aussi peu authentique que les récits des légendes chrétiennes en général. Ceux-ci ont des défauts qui sautent aux yeux de toute personne compétente ; ils ne sont que le développement un peu creux des simples indications de noms et de lieux contenues dans les martyrologes, transmises par la tradition grâce à la répétition uniforme de choses bien connues ou évidentes et dans lesquelles ne se rencontre aucune allusion individuelle caractéristique. C'est pour cette raison que nous avons ici tenu peu compte de ces récits.

LIVRE IV

LES DIFFÉRENTS DÉLITS

INTRODUCTION (523)

La peine est, comme nous l'avons exposé dans le Livre I, le rachat de l'infraction à la loi morale, en tant que l'État se charge d'assurer cette expiation Dans ce Livre, nous devons exposer en détail les différentes catégories d'infractions à la loi morale ou délits. Les diverses catégories de délits.

Les lois morales et les lois pénales reposent sur le même fondement, mais elles sont nécessairement différentes. D'une part, le domaine de la loi morale est plus étendu que celui de la loi pénale ; d'autre part, la communauté frappe assez souvent de peines des actes indifférents au point de vue moral. Toutes deux sont variables ; la loi morale, comme l'évolution des peuples, est un perpétuel mouvement d'oscillation ; la loi pénale est un ensemble dépendant de conditions extérieures et comprenant les prescriptions morales qui à une époque déterminée sont imposées à l'individu par la communauté. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que la loi pénale est plus ancienne que sa rédaction. C'est ainsi par exemple que la *perduellio* était un délit dans la communauté romaine, avant qu'on ait trouvé le mot pour l'exprimer. La notion d'après laquelle les défenses atteignent d'une manière générale tous

les actes à venir qui rentrent dans le champ d'application de la prohibition est une notion commune à la loi morale et à la loi pénale. — Les autorités publiques elles-mêmes doivent se soumettre à la loi pénale ; c'est en cela que réside, comme nous l'avons déjà exposé (I p. 63 sv.), la différence entre la loi pénale et la coercition du magistrat. Suivant la conception juridique des Romains, le droit pénal a pour point de départ le droit de coercition du magistrat ; mais celui-ci, lorsqu'il juge et punit en vertu de la coercition, le fait arbitrairement. Plus tard, lorsqu'on fixe des limites à cet arbitraire, c'est-à-dire lorsqu'on le soumet à des lois, la coercition se transforme en une institution juridiquement organisée et le magistrat juge et punit en vertu de la toute puissance qui lui a été reconnue
(524) dans ces conditions (1). Le peuple lui-même est soumis à ces lois suprêmes. Il a le droit de fixer la loi, il peut même admettre des exceptions à la loi dans des cas particuliers ; mais il n'a pas le droit de frapper d'une peine un fait qui n'a pas été auparavant défendu par une loi générale (2). Sous le Principat, ce principe fondamental de tout État constitutionnel perd du terrain et à la place de dispositions fixes du droit positif on voit apparaître par une évolution lente le bon plaisir du souverain, variable dans chaque cas ; l'État revient en quelque sorte à son point de départ, c'est-à-dire au système de la coercition illimitée du magistrat suprême, et du même coup il s'effondre. Ici, nous devons nous occuper des lois pénales qui réglementent le pouvoir des magistrats et des catégories de délits qui en résultent nécessairement.

Nous avons déjà fait ressortir plus haut (I p. 3) l'homogénéité interne que présente le droit pénal romain malgré ses diversités externes. Les limites de ce droit sont, surtout dans

(1) Cet état de choses se révèle notamment pour la condamnation à des amendes pécuniaires ; le taux de chacune d'elles est laissé par la loi à l'appréciation arbitraire du magistrat ou est positivement fixé par elle.

(2) Nous en avons pour garant ce fait que le peuple a seulement le droit de confirmer ou de lever la peine prononcée par le magistrat ; le droit romain ne reconnaît pas aux comices la faculté d'infliger des peines de leur propre autorité.

le système juridique romain du début, fixées avec la sûreté qui distingue ce peuple juriste de tous les autres. Le droit pénal embrasse d'abord les violations de la loi morale qui sont commises à l'encontre de l'ordre public; dans ce cas, le magistrat intervient d'office par voie d'*inquisitio* et le peuple prononce dans certains cas la sentence définitive. Il comprend aussi ces mêmes violations, lorsqu'elles causent un dommage à un individu, dans la mesure où elles exigent pour leur répression une action de la victime et où elles sont examinées par des jurés statuant comme tribunal arbitral. Le caractère personnel de la peine joue le rôle d'un principe fondamental dans ces deux catégories d'infractions à la loi morale (I p. 675), car les actions privées ou publiques disparaissent avec la personne du coupable, tandis que les actions qui ne sont pas principalement délictuelles passent aux héritiers (1).

(525) Limites du droit pénal vis-à-vis des autres domaines juridiques.

Avant de nous attacher à exposer le développement historique des catégories de délits, il nous paraît convenable de jeter un regard sur les domaines limitrophes du droit pénal tel que nous le concevons dans ce livre. Si nous faisons abstraction de la distinction traditionnelle du droit civil et du droit criminel étrangère aux sources et inutilisable au point de vue systématique, on doit concéder que le classement des règles juridiques dans le domaine du droit pénal à raison de leur caractère éminemment éthique donne lieu dans ses diverses applications à de nombreux doutes et que d'une manière générale la construction d'un droit pénal romain, notion que la science romaine du droit elle-même n'a pas établie (I p. 3 n. 1), ne peut se réaliser sans un certain arbitraire.

1. Tandis que dans le droit civil originaire les actions dé-

(1) *Dig.*, 44, 7, 49 : *ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est. Dig.*, 44, 7, 12. 50, 17, 157, 2 : *in contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte qua heres est.*

lictuelles se séparent d'une manière nette et précise des actions non délictuelles (1), on n'a tenu aucun compte de cette distinction dans l'organisation de la procédure prétorienne. Pour les actions qui ont été introduites de cette manière, leur caractère délictuel ne peut être établi qu'en s'attachant à des éléments de fond, notamment au caractère éthique de l'action et à l'exclusion de la transmissibilité héréditaire (II p. 217 n. 1). C'est ainsi que nous admettons dans le droit pénal l'action générale de dol et l'action pour violation de sépulture, bien que nous ne méconnaissions pas l'incertitude de ce classement.

2. Lorsque les effets d'un rapport juridique appartenant principalement au droit des personnes ou au droit du patrimoine contiennent accessoirement un élément délictuel, le droit pénal ne peut en tenir compte; c'est pour cette raison que nous en avons écarté par exemple une action essentiellement pénale prenant naissance dans la tutelle.

3. L'intervention de la justice en cas de trouble causé à la possession ou à d'autres rapports juridiques semblables et la répression des troubles apportés à la jouissance de biens de la communauté, qui sont deux grandes bases de la procédure des interdits, présentent sans contredit une grande connexité avec le délit de violence, mais ne peuvent cependant
(526) pas être englobées d'une manière générale dans le droit pénal (3).

4. Les préjudices qui résultent de l'exercice des actions sont en grande partie des peines : tel est, en effet, le nom qui

---

(1) La catégorie des *obligationes quasi ex delicto* (*Inst.*, 4, 5) donne lieu à une définition maladroite — d'après laquelle ces obligations supposent une simple faute, mais non un véritable délit — et à une énumération qui n'est guère meilleure, puisqu'elle se restreint essentiellement à quelques modifications des vieux délits privés; en outre, elle est inutilisable pour une construction systématique du droit romain.

(2) *Dig.*, 27, 3, 1, 23. (I p. 5 n. 1).

(3) Le *vim fieri veto* et l'interdit *quod vi aut clam* sont distincts de la violence du droit criminel; au contraire, la *dejectio* n'est exclue du droit pénal que pour des raisons d'ordre externe.

est expressément donné au *sacramentum* (1) et c'est également ainsi qu'il faut concevoir les conséquences juridiques de l'appel et celles de la négation de la cause d'action (2). Mais ils ne peuvent faire l'objet d'un exposé spécial; il n'y a par conséquent pas lieu de les examiner en droit pénal.

5. Les impôts et les contributions, notamment lorsqu'ils ont pour cause l'omission de devoirs civiques ou la transgression d'ordres de l'État, comme cela a lieu par exemple dans les lois d'Auguste sur le célibat et l'absence d'enfants (3), dans les lois douanières ou les défenses d'exportation (4), ont une grande connexité avec les amendes pécuniaires fixes que des lois pénales attachent à certains délits, par exemple au rapt d'hommes et à la pédérastie, et dont nous reparlerons dans le Livre V à propos des amendes. Mais ces deux sortes de redevances sont séparées les unes des autres en droit romain par une différence procédurale : les créances de la communauté ayant un caractère patrimonial ne vont ni devant le juge répressif, ni devant le préteur; elles sont, à l'époque républicaine, portées devant les censeurs ou, lorsqu'il n'y a pas de censeurs, devant les consuls; sous le Principat, elles sont soumises aux *procuratores* impériaux et aux préfets de l'*aerarium* (5).

6. Les incapacités prononcées par mesure administrative contre ceux qui ont eu une conduite peu honorable, comme

---

(1) Gaius, 4, 13. Festus, p. 341. Cicéron, *De re p.*, 2, 35, 60. *St. R.*, 2, 69. n. 2. [*Dr. publ.*, 3, 79, n. 2].

(2) Gaius, 4, 13, 171. *Inst.*, 4, 16.

(3) Tacite, *Ann.*, 3, 25 : (*legem Papiam Poppaeam*) *Augustus... incitandis caelibum poenis et augendo aerario sanxerat.*

(4) Les prohibitions d'exportation rentrent dans le droit pénal, lorsque toute contravention à ces mesures peut être considérée comme une aide prêtée à l'ennemi et donne lieu à un procès de lèse-majesté ; il en est de même pour les lois répressives dirigées contre les délits des fermiers en matière de douanes.

(5) Dans le procès d'hérédité, rapporté *Dig.*, 28, 4, 3, où plaident d'une part les héritiers testamentaires et d'autre part les *advocati fisci*, l'empereur déclare que le testament est nul, mais n'attribue pas directement l'hérédité aux représentants de l'*aerarium*, il leur dit simplement : *vos habetis judices vestros;* ceux-ci doivent être les préfets de l'*aerarium*.

nous en rencontrons à maintes reprises notamment pour la brigue des magistratures et la représentation judiciaire, c'est-à-dire ces incapacités qui constituent l'infamie prétorienne,
(527) ne peuvent être regardées comme peines délictuelles au sens juridique du mot et être prises en considération dans le droit pénal qu'autant qu'elles resultent d'une condamnation en matière délictuelle.

Les catégories du plus ancien droit pénal.

Dans les plus anciennes lois que nous connaissions, notamment dans la loi des XII Tables, on peut distinguer avec certitude quatre catégories de délits appartenant au droit pénal proprement dit :

1. *Perduellio ;*
2. *Parricidium;*
3. *Furtum ;*
4. *Injuria,* divisée plus tard en offense personnelle (*injuria*). et dommage causé à la chose d'autrui (*damnum injuria*).

Du reste, dans cette distinction, il n'y a que les notions fondamentales qui constituent une unité, les termes employés varient à maintes reprises. C'est ainsi par exemple que le vol se présente comme *furtum* ou *sacrilegium* ou *peculatus*. De ces quatre catégories, les deux premières sont du domaine exclusif du droit pénal public, les deux autres appartiennent tout à la fois au droit pénal public et au droit pénal privé (1). Pour maints délits mentionnés dans la loi des XII Tables, on peut hésiter à les classer dans l'une de ces quatre catégories et sur celle d'entre elles à laquelle il faut les attribuer ; mais ni les débris de cette loi, ni les conclusions rétrospectives que nous pouvons dégager de textes postérieurs ne nous permettent d'établir d'autres catégories principales.

Valeur des plus anciennes catégories de délits au point de vue du fond et au point de vue procédural.

Pour les deux premières catégories se pose la question de savoir si les notions ainsi nommées doivent être entendues par rapport au fond du droit ou au point de vue de la procédure; en d'autres termes, on se demande si *perduellio* signifie

(1) Sacrilège et péculat, *occentatio* et labour du chemin appartiennent à la procédure comitiale.

ennemi de la patrie et *parricida* meurtrier ou si le mot *perduellio* ne sert pas plutôt à indiquer le procès duumviral et *parricidium* le procès devant les questeurs, ou, pour exprimer encore cette idée sous une autre forme, on se demande si *perduellio* ne désigne pas le procès extraordinaire qui n'est pas possible sans un vote spécial du peuple et *parricidium* le procès ordinaire qui se déroule devant les magistrats et les comices. Ces deux conceptions ne s'excluent pas l'une l'autre et peuvent toutes deux être exactes. Tout d'abord, le sens matériel de délit que réclame déjà la formation des mots est resté attaché dans la suite à ces expressions caractéristiques, ainsi que le prouve incontestablement l'usage du langage et le droit positif de l'époque postérieure. D'autre part, le fait surprenant que le récit typique pour la perduellion vise un cas qui au point de vue des règles de fond ne rentre pas dans cette catégorie, mais dans celle du meurtre, peut s'expliquer dans une certaine mesure si la notion de perduellion éveille tout d'abord l'idée d'une forme de procédure déterminée (1). En (528)

(1) La légende d'Horace, exemple typique d'une grâce accordée par le peuple à un criminel condamné et imaginé par les historiens de la Rome primitive pour faire remonter l'institution de la provocation à l'époque royale (II p. 161 n. 1. II p. 164 n. 1), se fonde sur l'exercice d'une action capitale non pas devant les questeurs chargés de juger les criminels vulgaires, mais devant le tribunal plus relevé des duumvirs : *ubi perduellionem judico*, dit le duumvir (Tite-Live, 1, 26, 7). D'après la notion tout à fait certaine de la perduellion, telle que nous l'exposerons plus loin et telle que nous la rencontrons dans le procès de Rabirius calqué sur celui d'Horace, le meurtre ne rentre dans cette catégorie de délit que s'il est commis contre un magistrat et il est d'autant plus insensé de traiter comme trahison les plaintes proférées par la sœur d'Horace, lorsqu'elle apprend la mort de son fiancé, que le fratricide ne doit pas être justifié, mais pardonné à raison des mérites du coupable. C'est ce qui a été également senti par les savants postérieurs, qui concevaient avec raison l'acte d'Horace comme *parricidium* (Festus, *v. sororium*, p. 228). L'inexactitude de la légende est indéniable. Pour l'excuser, on peut d'abord faire remarquer qu'il n'eût pas été facile avec un cas de véritable perduellion de construire un récit aussi impressionnant. Mais on peut surtout faire valoir en ce sens que la tradition ancienne ne fait pas remonter l'institution des questeurs à l'époque royale (*St. R.*, 2, 523 sv. [*Dr. publ.*, 4, 220 sv.]) et qu'on semble avoir façonné le récit de façon à y faire nommer des duumvirs, parce que le roi Tullus n'avait pas de questeurs et que les règles de la provocation exigeaient un organe intermédiaire entre le détenteur d'*imperium*

outre, il est prouvé jusqu'à un certain point que le sacrilège, qui n'est pas un parricide, venait devant le *quaestor parricidii* et était compris sous la rubrique du parricide (1) et ce fait concorde, comme nous le montrerons dans la Section relative à cette matière, avec les règles appliquées plus tard à ce délit.

Les catégories du droit pénal de l'époque postérieure.

Le plus ancien système de droit pénal romain que nous connaissions reçut d'importantes extensions dans le dernier siècle de la République et au début du Principat. Celles-ci résultèrent principalement du refoulement de la procédure comitiale et de l'introduction dans la procédure pénale de l'institution du jury présidé par un magistrat. La notion de délit fut étendue (529) à des faits réprouvés par la morale, mais qui n'avaient encore été nullement réprimés ou ne l'avaient été qu'à un point de vue patrimonial. Les exactions des magistrats et la brigue pour l'obtention des magistratures, que le droit pénal avait ignorées jusque-là, y prirent pour longtemps la première place à raison des conditions de la vie politique à cette époque, la violence et le faux y occupèrent les positions qu'ils ont gardées depuis. Avec l'avénement du Principat, l'État commença à se préoccuper d'assurer par des moyens purement externes, mais énergiques, le maintien des bonnes mœurs ; c'est ainsi que la luxure et l'adultère s'ajoutèrent à la liste des délits ordinaires. Par contre, dans le domaine de la juridiction

---

et le peuple. On est aussi autorisé à comprendre *perduellionem judicare* en ce sens que le fait n'est pas une perduellion, mais est frappé de la peine encourue en cas de perduellion. En tout cas, il reste que d'une part la légende a la valeur d'un schéma pour la procédure de perduellion et que d'autre part le meurtre d'un particulier ne peut pas être considéré comme perduellion.

(1) Lorsque Cicéron (*De leg.*, 2, 9, 22) s'inspirant, sinon directement de la loi des XII Tables, du moins certainement d'anciens documents, formule la peine du sacrilège en ces termes : *parricida esto*, le seul sens possible de cette expression, étant donné que le mot *parricida* n'a jamais cessé de désigner le meurtrier, est que le sacrilège était comme le meurtrier jugé par les questeurs dont la principale mission était de statuer sur les affaires de meurtre et que la langue juridique désignait le champ de compétence des questeurs comme *parricidium* au sens procédural du mot.

prétorienne le groupe des notions délictuelles transmis par l'âge précédent ne reçut dans l'ensemble aucune modification ; il n'y eut au fond qu'une addition, celle de l'action de dol ; mais le caractère subsidiaire de cette action fit qu'elle n'eût, même dans le droit pénal postérieur, qu'une importance secondaire.

L'interruption en fait de l'activité législative, qui caractérise l'État romain de Tibère à Dioclétien (I p. 150), eut une répercussion fâcheuse sur le droit pénal où les changements sont plus nécessaires que dans tout autre domaine juridique. Dominées par un formalisme rigide, la théorie et la pratique ne considèrent comme légal que le procès pénal fondé sur l'une des lois promulguées depuis Sylla jusqu'à Auguste pour les différentes cours judiciaires répressives et blâment toute procédure qui s'en écarte comme n'étant pas pleinement valable. Les rares modifications opérées à cette époque, dont beaucoup étaient inutiles et d'autres inévitables, ont maintes fois obscurci le droit existant et ont exercé sur lui une influence préjudiciable, parce qu'elles y ont été introduites sans une adaptation préalable. Lorsque la constitution eût été radicalement modifiée sous Dioclétien, la nouvelle monarchie absolue reprit l'œuvre législative, mais les générations qui se succédèrent au cours de cette dernière époque n'eurent plus la vigueur et le génie nécessaires pour faire des créations nouvelles et au milieu des ruines juridiques qui s'amoncelèrent pendant la dernière période on ne vit apparaître comme nouvelles catégories de délits que l'hérésie et peut-être le rapt.

Dans notre exposé, les délits du droit pénal romain sont divisés en onze groupes :

1. le crime d'État ;
2. l'hérésie ;
3. le meurtre et les délits apparentés ;
4. la violence ;
5. le faux et le vol ;
6. les crimes sexuels ;

7. les acceptations de libéralités et les exactions de la part des avocats et des magistrats ;
8. le vol ;
9. les atteintes à la personnalité ;
10. le dommage causé aux choses d'autrui ;
11. l'abus des droits.

Cette classification, due aux hasards de l'évolution juridique et de la transmission des sources, n'a pas la prétention d'avoir une réelle valeur systématique ; elle n'a pas d'autre but que de permettre au jurisconsulte et à l'historien de grouper, dans la mesure du possible, tout ce qui a une connexité logique ou historique. Le fondement moral du droit pénal a pour conséquence que les délits des hommes, comme les hommes eux-mêmes, se ressemblent jusqu'à un certain degré chez tous les peuples et à toutes les époques ; nous avons tenu compte, autant que possible, de ce fait dans notre division. Mais, d'autre part, le droit pénal dépend, plus que d'autres branches du droit, de l'individualité de chaque peuple et de l'esprit qui domine chaque époque ; nous devions également faire état de cette diversité dans notre classification. Dans la dernière classe qui aurait pu à vrai dire embrasser la septième, si l'importance des *repetundæ* pour la procédure pénale postérieure n'avait pas exigé qu'on les traitât à part, nous avons tenté de réunir sous une même dénomination générique, qui peut soulever des critiques non seulement quant à l'expression employée, mais aussi quant au groupement lui-même, les délits qui ne sont pas considérés comme tels par la morale ou que la morale ne réprouve que dans une mesure restreinte, l'acte étant en lui-même permis par le droit et n'étant punissable qu'en cas d'abus, comme cela eut lieu, par exemple, pour la brigue des magistratures, la perception d'intérêts, le commerce des céréales et le jeu. Si différentes classes, notamment la troisième, embrassent des délits dissemblables, il y a là un fait inévitable qui s'explique par le groupement au point de vue procédural de plusieurs délits distincts au fond. Si d'autres

délits qu'on trouve couramment chez nos criminalistes modernes font ici défaut, comme la rapine notamment, la cause en est dans ce fait que le droit romain réprime ce dernier délit souvent comme meurtre, toujours comme vol, mais ne le punit jamais comme délit indépendant.

Qualités et défauts du droit pénal romain.

Les appréciations que l'on porte sur la procédure pénale romaine doivent être diverses comme la valeur même de cette procédure. Lorsque celle-ci est administrée par les préteurs de la capitale et leurs jurés, elle présente tous les avantages du droit civil romain auquel elle appartient : législation tout à la fois (531) stable et abondante, netteté rigoureuse de la théorie, fixation précise des questions de droit et de fait pour chaque cas concret et enfin, ce qui est la pierre fondamentale de toute bonne administration de la justice, solution de ces questions par des hommes impartiaux exprimant la conviction de leur conscience. L'incorporation du vol parmi les délits qui réclament une action privée était certainement en parfait accord avec le droit des XII Tables, mais non pas avec celui de l'époque postérieure, où, suivant un progrès naturel, la victime se fait de moins en moins justice à elle-même ; l'absence presque complète dans la littérature juridique d'avis de jurisconsultes sur cette matière montre même que le vol était, en tant que délit privé, rapidement tombé en désuétude dans la théorie et avait disparu de la pratique. Mais les règles de répression de l'injure sont une œuvre maîtresse, non seulement au point de vue théorique, mais aussi et surtout au point de vue pratique ; elles sont la preuve humiliante pour nous que les progrès de la race humaine sont toujours en même temps un recul. — On ne peut pas dire la même chose du droit pénal public. Sous sa forme la plus ancienne, celui-ci était en substance une procédure inquisitoriale du magistrat, dont la valeur dépendait de la capacité et de l'honnêteté de ce dernier. Le magistrat statuait arbitrairement, sauf une certaine restriction de liberté provenant d'un pouvoir arbitraire analogue qui appartenait à la majorité des comices ; toutefois l'approbation de la puissance formellement souveraine ne devait être ordinaire-

ment qu'une formalité obligatoire (1). A vrai dire, il ne faut pas juger l'institution d'après les procès occasionnés par les luttes entre patriciens et plébéiens, et pour lesquels les annales nous renseignent assez bien. — Il en est à peu près de l'impartialité dans les procès politiques comme de l'immaculée conception, on peut la désirer, on ne la réalise pas. Mais il est certain que nous connaissons mieux ici les symptômes du mal que la saine application du système. Dans les procès non politiques jugés suivant cette même procédure et dont les annales ne nous parlent pas, les qualités civiques des Romains ont dû s'affirmer aussi bien que dans l'action privée. Du reste, cette procédure pénale est tombée relativement tôt en désuétude; sa disparition n'a certainement pas été provoquée par des injustices positives, mais par les intermittences et même souvent par les interruptions complètes qui se produisirent dans l'application de ce système (I p. 199 sv.) — La procédure pénale publique plus récente, celle des *quaestiones*, a été dans l'ensemble un
(532) progrès. Il ne faut pas l'apprécier exclusivement d'après les discours sans valeur juridique et plein de finasseries d'un avocat politique comme Cicéron; incontestablement, ces tribunaux furent non seulement plus énergiques que les tribunaux populaires, ils furent aussi, par suite de la substitution de la majorité des jurés à celle des comices, plus à l'abri des surprises du hasard et de l'influence des passions. D'une manière générale, la procédure pénale a subi d'heureuses transformations en se rapprochant de la procédure civile (2). Toutefois cette dernière est encore supérieure à la précédente. La distinction du rôle du magistrat et de celui des jurés avec ses conséquences avantageuses : législation abondante de l'édit, fixation rigoureuse des actions et des exceptions, n'a été

(1) On apporte la même aisance, nous dit Plaute (*Capt.*, 3, 1, 15 = 475), à condamner qu'à se rendre dans un mauvais lieu.

(2) Il est même à remarquer à cet égard que les *judicia publica* ont pour point de départ le procès de *repetundae* et que celui-ci, par son origine, n'est que la *condictio indebiti* du droit privé modifiée seulement quant à la composition et à la présidence du jury.

étendue que dans une mesure limitée au jury du droit pénal présidé par un magistrat. La délibération, qui raisonnablement doit précéder la sentence des jurés, et à laquelle l'*unus judex* procède dans l'action privée avec ses conseillers, a été exclue de la procédure pénale sous la pression de considérations politiques (II p. 124). L'usage de prendre l'avis de jurisconsultes, si répandu dans les tribunaux civils, n'est pas conciliable avec l'essence de la procédure pénale. A la place de l'organe central que fournit la préture de la capitale pour les actions privées, on voit fonctionner pour la procédure pénale une série de cours répressives qui ne sont apparues que dans les dernières crises de la République et dont l'organisation n'est uniforme que dans les grandes lignes. — Ce n'est pas seulement au point de vue de la procédure, mais aussi au point de vue de la législation, que le droit pénal de la fin de la République est inférieur au vieux système du droit privé. Le peu de dispositions que contenait ce dernier laissait libre champ à l'interprétation scientifique; mais ces règles ont été refoulées en droit pénal par une législation casuistique, qui entrave toujours la formation de notions génériques et qui assez fréquemment la rend tout à fait impossible parce qu'elle groupe des délits dissemblables. Il est même à remarquer que la science, qui en droit privé a complété et modifié d'une manière rationnelle la loi Aquilia sur les dommages causés au patrimoine d'autrui dont la rédaction était également défecteuse, n'a fait sentir son influence réformatrice dans la procédure des *quaestiones* qu'avec une intensité beaucoup moindre. Celui qui compare la répression criminelle de la violence et du faux, d'une part à l'application de ces notions en droit civil et d'autre part au système des délits privés, reconnaîtra l'importance de ces différences. (533)

Le travail scientifique et le droit pénal romain.

Le droit pénal romain n'a jamais fait dans son ensemble l'objet d'un travail scientifique ; il ne se présente d'ailleurs pas comme un tout homogène.

La loi des XII Tables traitait des délits publics comme des délits privés. Nous ne savons pas à quelle occasion ni dans quel ordre elle le faisait ; mais il n'est pas possible qu'elle les

ait groupés d'une manière quelconque, car nous aurions certainement des traces d'un tel classement. De même, il est indubitable que les commentaires exégétiques des différentes dispositions de cette loi n'ont pas embrassé toutes les prescriptions de droit pénal comme formant une partie homogène du droit.

Loi des XII Tables.

Droit prétorien.

Le code de procédure prétorien, dans la rédaction et l'ordonnancement qui nous sont parvenus et qui datent en principe de l'époque républicaine, traite bien des délits privés qui nous sont venus du droit des XII Tables et des délits analogues ajoutés par les préteurs ; mais il n'a nullement groupé ces délits, il ne l'a même pas fait pour ceux de l'ancien droit ; il les a au contraire répartis à des endroits très différents (1). Il n'en a pas été autrement dans l'œuvre scientifique du droit civil à l'époque républicaine, notamment chez Q. Mucius Scaevola, consul en 659/95 (2) ; ce fut seulement plus tard qu'on vit apparaître dans la science du droit le groupement qui nous est familier du vol, de l'injure et du *damnum injuria datum*. Ce classement semble remonter à Masurius Sabinus, jurisconsulte de l'époque de Tibère. Du manuel de cet auteur qui fit autorité ce groupement passa dans l'abrégé de Gaius et dans la littérature postérieure (3). Les actions analogues quant au fond,

Droit civil.

(1) Le dommage causé aux choses d'autrui prend ici place entre les *vindicationes* et les actions en partage, le vol entre la tutelle et le patronat ; la rapine et l'injure après la procédure contre les fermiers et les cautions de l'État et avant la procédure d'exécution. On ne peut découvrir dans ce classement aucun ordre systématique (cpr. Krüger, *Geschichte der Quellen des röm. Rechtes*, p. 88, sv. — [*Histoire des Sources du Droit Rom.*, trad. Brissaud, p. 118 sv. Manuel Antiq. Rom. t. XVI]). Ici nous avons surtout à tenir compte de la dispersion des délits privés.

(2) Dans le commentaire de Pomponius sur les livres *juris civilis* de Q. Mucius Scaevola, le liv. 17 traite du dommage causé au patrimoine d'autrui, le liv. 38 et dernier du vol (Krüger, *loc. cit.*, p. 59 [trad. Brissaud, p. 79]).

(3) Krüger, *loc. cit.*, p. 151 [trad. Brissaud, p. 201]. Lenel, *Paling.*, 1, 1275. 2, 126. 1160. On voit d'ailleurs à plusieurs égards que l'on s'attache également ici à des données purement extérieures pour faire cette classification. C'est ainsi que le *furtum* qui précède les autres délits est, manifestement sous l'influence de l'édit, encore rattaché à la tutelle (ainsi encore chez Paul, 2, 31). De même, on a intercalé le *damnum infectum* entre le

comme celle de dol, n'ont même pas été ici réunies aux actions nées de délits privés plus anciens.

(534) Le travail scientifique et les différentes procédures criminelles.

La procédure pénale publique, telle qu'elle rentrait dans les fonctions des questeurs, des tribuns de la plèbe, des édiles et plus tard des préteurs des *quaestiones* n'a fait l'objet d'un travail scientifique qu'à une époque relativement tardive. Ni les écrits de droit civil, ni ceux de droit prétorien — qui, les uns et les autres, ne sont à proprement parler que des guides pour le préteur urbain — ne se sont étendus à cette procédure. Les instructions relatives aux droits et aux devoirs des différents magistrats, qui occupent une place importante dans la littérature juridique de la République et du Principat (1), ont dû tenir compte dans une certaine mesure des prescriptions de droit pénal ; il est difficile qu'elles s'en soient occupées d'une manière détaillée et il n'est guère question d'écrits spéciaux sur le droit pénal datant de la République ou de la meilleure époque de l'Empire. Ce fait est peut-être accidentel ; mais si l'on considère que d'une part la science du droit romain se nomme elle-même et avec raison interprétation et que d'autre part les textes législatifs concernant le droit pénal ne remontent pas au delà de l'époque de Sylla, il est naturel de conjecturer que le puissant travail intellectuel des jurisconsultes inconnus qui ont créé le droit de l'époque républicaine n'a pas dû se faire sentir dans le commentaire des *leges Corneliae et Juliae* relatives au droit pénal.

C'est seulement depuis le milieu du second siècle de l'ère chrétienne que nous entendons parler de travaux spéciaux sur les lois des *quaestiones*. L'adultère est de tous les délits celui qui a le plus occupé non seulement les tribunaux romains, mais aussi la science romaine du droit. On cite des monographies, dont plusieurs sont étendues, écrites sur ce sujet par Papinien, Ulpien et Paul (2). Les « *judicia publica* » en général

---

dommage causé au patrimoine d'autrui et l'injure, certainement à raison de la similitude de nom avec le *damnum injuria*.

(1) *St. R.*, 1, 4, n. 4 [*Dr. publ.*, 1, 3, 2].

(2) De même au Digeste le titre *de adulteriis* est incomparablement plus

n'ont, à notre connaissance, fait pour la première fois l'objet d'un traité d'ensemble que postérieurement à Hadrien de la part de Venuleius Saturninus et Volusius Maecianus et plus tard d'Ulpien, Paul, Aelius Marcianus, Aemilius Macer. Il est permis de supposer qu'on trouve une reproduction en abrégé de ces écrits *de judiciis publicis* dans les œuvres qui embrassent l'ensemble de la science du droit, de même que dans celles qui servent d'instructions aux magistrats, comme dans le *de officio proconsulis* d'Ulpien, où les délits publics sont traités dans les livres 7
(535) et 8. Il en est vraisemblablement de même dans les résumés généraux, comme les *sententiae* de Paul où l'adultère examiné dans le livre 2 suit la matière du droit matrimonial, tandis que les *judicia publica* en général sont renvoyés dans le livre 5 (tit. 14-31) et prennent place entre le droit fiscal et les appels. Ici, ces « *judicia* » font d'abord l'objet d'un exposé d'ensemble qui embrasse également les délits dits extraordinaires apparus sous le Principat (1), puis sont examinés en détail et séparément. Les compilations de constitutions impériales faites par Théodose II et par Justinien embrassent toutes deux dans leur livre 9 et le Digeste de Justinien dans son livre 48 tous les délits publics, y compris l'adultère.

Il ne semble pas qu'il y ait dans ces différents exposés un ordre fixe. Dans les œuvres d'ensemble citées, de même que dans la rapide énumération des *judicia publica* que nous donne Macer, le dernier des écrivains que nous connaissions parmi ceux qui ont écrit sur cette matière (2), l'ordre suivi est différent :

---

détaillé et d'une valeur plus voisine de celle des interprétations du droit civil que les autres titres relatifs au droit criminel.

(1) Peut-être Paul a-t-il donné à cette partie de son exposé (5, 18-22) la rubrique *de poenis* (sous laquelle le texte 5, 22, 2, est cité dans le livre des *agrimensores*). Les différents titres spéciaux que nous rencontrons pour cette partie des *sententiae* peuvent aisément provenir d'une main postérieure (cpr. Préface de Krüger p. 42); si Paul avait donné à ces différentes catégories de délits des rubriques propres, il aurait certainement placé ces délits extraordinaires après les *judicia publica*, comme Ulpien l'a manifestement fait.

(2) *Dig.*, 48, 1, 1.

	Paul	Macer	Cod. Théod. et Cod. Just. (1)	Dig.	Inst. 4, 18 (2)
Adultère	[2,26]	2	9,7 = 9	48,5	2
Meurtre	5,23	3	9,14 = 16	48,8	3
Parricidium	5,24	4	9,15 = 17	48,9	4
Faux	5,25	6	9,19 = 22	48,10	5
Violence	5,26	7	9,12 = 12	48,6.7	6
Péculat et sacrilège	5,27	5	9,28 = 28	48,13	7 (3)
Repetundae	5,28	9	9,27 = 27	48,11	10
Lèse-majesté	5,29	1	9,5 = 8	48,4	1
Ambitus	5,30	8	9,26 = 26	48,14	9
Rapt d'homme (4)	[5,30 b] (5)	—	9,18 = 20	48,15	8
Accapparement (6)	—	10	—	48,12	11

Ulpien a également traité de ces délits dans un ordre qui (536)
ne concorde avec aucun de ceux que nous venons d'indiquer (7). La seule chose digne de remarque à cet égard est que le crime de lèse-majesté n'occupe la première place ni chez Ulpien ni chez Paul et qu'il n'obtient ce rang pour la première fois qu'avec Macer, lorsque la décadence du gouvernement s'est

---

(1) L'ordre suivi est tout à fait le même dans les deux compilations. Nous avons omis un certain nombre de rubriques intercalées dans les compilations de constitutions.

(2) Les chiffres se rapportent à l'ordre suivi dans les Institutes pour l'exposé des délits.

(3) Dans les Institutes les *pecuniae residuae* sont séparées du péculat et mises à la fin de la liste.

(4) Le *plagium* appartient à proprement parler aux actions populaires et non pas aux *judicia publica*. Ulpien l'a rangé parmi les *quaestiones extraordinariae*.

(5) Cette rubrique se trouvait dans le livre V, mais on ne sait pas avec certitude à quelle place.

(6) Il est douteux que l'accaparement appartienne à la liste des *quaestiones*; Ulpien l'a mis dans le livre 9.

(7) Si les fragments que nous possédons ne nous trompent pas, l'instruction d'Ulpien pour le gouverneur de province traite dans le livre 7 du meurtre, du péculat et du crime de lèse-majesté, mais ne parle de ce dernier qu'après le péculat (*Dig.*, 48, 4, 1, *pr.* : *proximum sacrilegio crimen est quod majestatis dicitur*). Dans le livre 8, elle s'occupe du *parricidium*, du faux et de la violence. Les *quaestiones extraordinariae* sont commentées en partie dans ce livre, en partie dans le livre suivant.

accentuée et que par suite l'importance du loyalisme s'est accrue. Les délits privés sont encore traités dans le Code de Justinien à propos des procès de la compétence du jury (1); ce n'est que dans le Digeste de Justinien qu'ils ont été réunis aux délits publics, les premiers étant traités dans le livre 47 et les seconds dans le livre suivant.

Dans l'exposé des différents délits qui va suivre nous indiquons pour chacun d'eux tout d'abord leur développement historique dans la mesure où cela est possible, puis nous exposons les éléments du délit. A cet égard, nous ne pouvions, notamment pour les délits privés, reproduire que d'une manière restreinte les explications d'un caractère souvent casuistique des jurisconsultes romains. Bien que nous ayons déjà donné dans le Livre précédent un exposé d'ensemble de la procédure pénale et bien que nous devions dans le Livre suivant donner un tableau d'ensemble des peines, il nous a toutefois paru nécessaire d'indiquer le plus brièvement possible à propos de chaque délit soit sous forme de renvoi, soit sous forme de complément, la procédure et la peine applicables.

---

(1) Le vol est traité ici (6, 2) comme délit d'esclave à propos de l'affranchissement.

LE CRIME D'ÉTAT (*PERDUELLIO, CRIMEN MAJESTATIS IMMINUTAE*)

Le crime dirigé contre la communauté comme telle, c'est-à-dire le crime d'État d'après notre terminologie, porte dans la langue juridique romaine le double nom de *perduellio* et de *crimen majestatis imminutae ;* plus tard on l'appelle aussi ordinairement par abréviation *crimen majestatis* ou même simplement *majestas*. Nous devons tout d'abord établir le sens de ces deux expressions.

Perduellio.

Perduellis ou *perduellio* est le « mauvais guerrier », c'est-à-dire étant donné que toute guerre faite par les Romains est juste, l'ennemi tout simplement (1). Donc, au point de vue du droit pénal, le terme abstrait *perduellio* désigne l'acte hostile et il est vraisemblable qu'on a visé tout d'abord par cette

(1) Varron, *De l. L.*, 5, 3 (cpr. 7, 49) : (*hostem*)... *tum... dicebant peregrinum, qui suis legibus uteretur ; nunc dicimus eum, quem tum dicebant perduellem.* Festus, *Ep.*, p. 102 : *hostis apud antiquos peregrinus dicebatur ; qui nunc hostis, perduellio* (cpr. p. 66 *duellum*). D'après Cicéron, *De off.*, 1, 13, l'ennemi s'appelle *proprio nomine perduellis*, puis dans une forme atténuée *hostis*. L'étymologie du mot, pour lequel on trouve aussi à côté de la forme ordinaire la forme accessoire *perduellio*, est claire ; *per* est employé ici à titre d'opposition et dans un mauvais sens comme dans *peregrinus* : d'un autre pays ; *pervertere* : tourner autrement, donc détruire ; *perjurus* : jurant autrement, donc parjure (Corssen, *Uber Aussprache, Vocalismus und Betonung der lateinischen Sprache*, 1, 776). Le mot est tombé en désuétude, bien que Tertullien, *De anima*, 46, nomme encore les meurtriers de César *perduelles*. Il ne résulte pas de Gaius, *Dig.*, 50, 16, 234, que le mot se trouve dans la loi des XII Tables (Schöll, *Prolegom.*, p. 70).

expression la désertion militaire. Par suite de son étymologie transparente, au cours de toute l'histoire du droit romain, ce terme a toujours reçu dans la langue juridique la même ac-
(538) ception (1). *Perduellio* est synonyme d'*hostis*, depuis que ce dernier mot a perdu sa signification originaire ; *perduellio* s'applique plutôt à l'ennemi intérieur et *hostis* à l'ennemi extérieur, quoique l'emploi inverse de ces deux expressions ne soit pas impossible.

Majestas. Le mot *Majestas* a également une étymologie transparente, il désigne une situation élevée (2), cette prééminence dont l'inférieur doit tenir compte, non pas un pouvoir supérieur, mais un prestige plus grand (3). La notion a sans doute pénétré dans la procédure pénale par suite de la situation des chefs de la plèbe, c'est-à-dire du groupe des citoyens qui n'appartenaient pas à la noblesse patricienne. Ces chefs ne rentraient pas dans la catégorie des magistrats de la communauté romaine, mais leur étaient assimilés. La violation des droits fondamentaux de la plèbe et l'offense faite à son chef ne purent être embrassées dans la notion et sous le nom de perduellion tant que le plébiscite ne fut pas *lex publica* et que les tribuns ne furent pas des magistrats ; mais la plèbe revendiqua pour

---

(1) Ulpien (*Dig.*, 48, 4, 11) définit encore le *perduellionis reus*, par opposition au *majestatis reus, hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus*. De même, d'après Dion, 48, 33, le meurtrier de l'empereur est condamné ὡς πολέμιος ἐκείνου καὶ τοῦ δήμου παντός et le même auteur 52, 31, déclare le chef d'armée qui tourne les armes contre son propre pays punissable ἐν πολεμίου μοίρᾳ.

(2) Il vient de *major*, comme le mot *potestas*, la puissance, vient de *potior* ; ces deux termes paraissent corrélatifs ; le second convenant au début à la magistrature patricienne et le premier à la quasi-magistrature plébéienne.

(3) Cette seconde acception technique du mot apparaît de la manière la plus nette, à propos des pactes internationaux conclus entre Rome et les États souverains en droit, mais subordonnés en fait, dans la formule : *majestatem populi Romani comiter colunto* = ils doivent rendre avec courtoisie à la haute dignité du peuple romain les honneurs qui lui sont dûs (*St R.*, 3, 664, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 291]). Dans un langage précis, *majestas* s'oppose à *imperium*, mais lui est souvent uni (Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 7, 20 : *ut imperium populique Romani majestas conservaretur* ; le même, *Div. in Caec.*, 21, 69 : *auctoritas hujus imperii civitatisque majestas*) et il n'est pas rare que ces deux mots soient employés indistinctement.

sa constitution et ses chefs la même dignité et le même rang que ceux qui appartenaient légalement à la communauté et à ses magistrats et c'est pour l'atteinte à cette dignité et à ce rang qu'on vit apparaître pour la première fois l'expression d'« amoindrissement de la majesté tribunicienne » (1). Puis, lorsque les tribuns de la plèbe, de chefs de la plèbe, devinrent en fait (539) des magistrats de la communauté, l'expression subsista, mais son sens fut élargi. Désormais, non seulement l'atteinte aux droits de la plèbe, mais aussi tout préjudice causé au prestige de l'État romain fit l'objet d'une répression pénale comme offense à la *majestas populi romani*. Les sources ne permettent pas de dégager une définition plus précise de cette notion (2). La *perduellio* ne se distingue du *crimen majestatis populi Romani imminutae* qu'à un seul point de vue : tout acte hostile peut-être appelé crime de lèse-majesté, tandis qu'au contraire tout crime de lèse-majesté ne peut pas être appelé

(1) Comme exemple de collision entre la puissance paternelle et la puissance publique, Cicéron, *De inv.*, 2, 17, 52, cite le récit d'après lequel le tribun de la plèbe C. Flaminius, le futur consul de 537/217, fut éloigné des rostres par son père et fut ainsi dans l'impossibilité de faire voter sa loi agraire ; le père fut poursuivi pour ce fait devant le tribunal du peuple. Ce récit peut être historique ou n'être qu'une invention de rhéteur, Cicéron l'utilise pour expliquer la valeur de la *majestas minuta* ; il n'est pas douteux que ce débat devant les comices porte sur l'amoindrissement de la majesté tribunicienne. De même, Asconius (*In Cornel.*, p. 60) qualifie une accusation de lèse-majesté, formée d'après la loi de Sylla pour violation du droit d'intercession des tribuns, du nom de *crimen imminutae majestatis tribuniciae* (il faut repousser complètement ici la correction *potestatis*). Quant à la majesté des consuls, Tite-Live en parle dans son *Hist.*, 3, 24, 9, où les consuls appellent une proposition faite pour restreindre leur pouvoir par des lois écrites une *lex minuendae suae majestatis causa promulgata*.

(2) Les définitions des écrivains romains ne sont que des paraphrases. *Rhet. ad Her.*, 2, 12, 17 : *majestatem is minuit, qui ea tollit, ex quibus rebus civitatis amplitudo constat* ou *qui amplitudinem civitatis detrimento adficit*. Cicéron, *De inv.*, 2, 17, 53 : *majestatem minuere est de dignitate aut amplitudine aut potestate populi aut eorum, quibus populus potestatem dedit, aliquid derogare. De or.*, 2, 39, 164 : *majestas est amplitudo ac dignitas civitatis. Or. part.*, 30, 105 (de là provient : Quintilien, 7, 3, 35) : *majestas... est magnitudo quaedam populi Romani in ejus potestate ac jure retinendo... majestas est in imperii atque in nominis populi Romani dignitate*. Ulpien, *Dig.*, 48, 4, 1, 1 : *majestatis crimen* (qui ne fait pas ici antithèse à perduellion) *illud est quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem ejus committitur*.

un acte hostile. Le crime de lèse-majesté renferme la perduellion, mais a un domaine plus étendu et permet, en tant qu'il n'est pas une perduellion, l'application de règles procédurales différentes et une répression moins grave. Ce sont d'ailleurs là des points sur lesquels nous reviendrons plus loin.

Il n'y a pas d'autre terme latin pour désigner le crime d'État (1). La langue grecque n'a pas d'expression exactement correspondante à *perduellio* et à *crimen majestatis*. Au lieu de *perduellio* on parle des différents crimes particuliers les plus importants que celle-ci comprend, notamment de la trahison,
(540) προδοσία (2). Le crime de lèse-majesté s'appelle constamment chez les Grecs, sous la monarchie, ἀσέβεια. Cette expression qui correspond à proprement parler au mot latin *impietas* (3) appartient à une époque où le crime d'État était, sous l'influence de conceptions religieuses, considéré comme un crime contre le monarque placé sous la protection de la divinité. Le terme de καθοσίωσις sainteté (violée), qui apparaît à l'époque byzantine, accuse plus nettement encore cette manière de voir (4).

Le crime d'Etat dans le très ancien droit romain.

La résistance à la *perduellio*, c'est-à-dire la légitime défense de l'Etat est aussi ancienne que l'Etat Romain lui-même et le fait que la tradition rattache la répression de la perduellion à une loi de Romulus (II p. 236 n. 2) prouve que les théoriciens romains du droit public lui attribuaient aussi cette haute antiquité. Ce crime se trouve au moins en substance dans la loi des XII Tables, bien que son nom technique n'y

---

(1) Quant au *sacrilegium* qui n'appartient pas à cette matière, cpr. le § V de la présente section.

(2) Lorsque Denys d'Halicarnasse parle de νόμος τῶν λειποτακτῶν τε καὶ προδοτῶν (3, 30) ou du νόμος τῆς προδοσίας (de Romulus ; 2, 10) ou des peines romaines des πατροκτόνοι ou des προδόται, il pense évidemment à la *perduellio*, ὅ μέγιστόν ἐστι παρ' ἐκείνοις ἀδίκημα (8, 80). Les gloses gréco-latines (2, 146, Götz) définissent le mot *perduelliones* : οἱ κατὰ τοῦ δήμου τῶν Ῥωμαίων βουλευόμενοι ἢ κατὰ βασιλέων.

(3) Comme εὐσέβια = *pietas*. Cpr. le § VI de la présente section et Pline, *Paneg.*, 33 : *nemini impietas, ut solebat, objecta, quod odisset gladiatorem. Inreligiosus* se rencontre aussi à maintes reprises.

(4) Par exemple, Socrate, *Hist. eccl.*, 5, 14, et dans les gloses que nous venons de citer, p. 126. Les dictionnaires donnent d'autres preuves.

figure peut-être pas (1). Il est difficile que la législation romaine ait jamais déclaré expressément la perduellion un fait punissable; le caractère répréhensible de cette dernière était bien plutôt supposé et les différents actes qu'elle embrassait étaient englobés dans cette notion ou même frappés de la peine capitale sans que le délit fût nommé. Ce sont d'ailleurs là des points sur lesquels nous reviendrons plus loin quand nous indiquerons les éléments de ce délit (2). La volonté illégale sur laquelle se fonde ce crime, c'est-à-dire suivant l'expression romaine *le dolus* (I p. 99), ne dépend pas du motif qui a poussé le coupable à agir; la loi pénale atteint même les actes qui paraissent à leur auteur n'être que l'accomplissement d'un devoir; c'est là une règle qui se comprend d'elle-même.

(541) Lois relatives à la *quaestio*.

L'établissement d'une cour spéciale permanente pour les crimes de lèse-majesté remonte à Sylla (3); car la *lex Appuleia majestatis* de 651/103 paraît avoir été transitoire (I p. 229 n. 3). Le dictateur César ne semble avoir fait aucune loi spéciale pour cette cour judiciaire (4); la loi Julia, qui est restée dans la suite la loi fondamentale en cette matière, date d'Auguste (5).

Rapports du crime d'État avec les autres délits.

La perduellion, comme nous l'avons déjà vu dans le Livre I (I p. 122), embrasse, au point de vue des personnes qui

(1) Marcien, *Dig.*, 48, 4, 3, *pr. : lex XII Tabularum jubet eum qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit capite puniri*; il ne désigne pas le délit et il est possible que le Code ne l'ait pas fait non plus et n'ait pas même contenu le mot *perduellio* (II p. 223 n. 1); mais il s'agit ici certainement du crime d'État, ainsi que le prouve l'extrait de la *lex Julia majestatis* qui suit immédiatement.

(2) Si d'après Denys (II p. 236 n. 2) le patron, qui ne garde pas la fidélité due au client, tombe sous le coup du νόμος τῆς προδοσίας de Romulus, c'est qu'il pense que les jurisconsultes romains faisaient rentrer ce délit sous la notion de *perduellio* ou tout au moins le frappaient de la peine afférente à la *perduellio*. Cpr. le § IV de la présente section.

(3) Asconius, *In Cornel.*, p. 52. Cicéron, *In Pis.*, 21, 50. *Ad fam.*, 3, 11, 2.

(4) Il est vrai que le dictateur César a réglé la peine du crime de lèse-majesté (Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23); mais cela peut avoir eu lieu par la *lex judiciorum publicorum* (I p. 148 n. 2) générale qui émane vraisemblablement de lui.

(5) Cette loi traite de l'injure contre le *princeps* et son père (Tacite, *Ann.*, 4, 34).

peuvent se rendre coupables de ce délit, un domaine plus étendu que celui des autres délits. A vrai dire, si l'on fait ici abstraction des membres des États en guerre avec Rome ou qui ne sont pas liés avec elle par un traité, personnes auxquelles s'appliquent les règles du droit de la guerre, tout acte commis par un sujet de Rome ou d'un État appartenant à l'union d'empire tombe sous l'application du droit pénal romain, à quelque endroit qu'il ait été commis et sans qu'on exige au point de vue de la personne de l'auteur d'autres conditions que celles qui sont requises par les règles de procédure.

Complicité. La suggestion est pour le crime d'État, comme pour tous les délits en général, assimilée à la perpétration (1). La même règle s'applique en principe à toute assistance prêtée à l'accomplissement du crime (2) ; toutefois, dans la mesure où le droit postérieur admet le pouvoir de proportionner la peine au délit, cette faculté peut être exercée ici pour réduire la peine (3). Dans la dernière période, l'intercession en faveur des criminels d'État est réprimée comme complicité (4). Quant à la question de savoir jusqu'à quel point la volonté contraire à la loi doit avoir été manifestée pour devenir punissable, il faut, en présence de la grande diversité de lois spéciales sur cette matière, tenir surtout compte de la rédaction de chacune d'elles (5). En principe, les pensées et les paroles restent ici juridiquement impunies (6); mais en dehors de là toute au-

Consommation du délit.

(542)

(1) Marcien, *Dig.*, 48, 4, 3 : *quive quid eorum quae supra scripta sunt facere curaverit.*

(2) La *lex Julia majestatis* contenait expressément dans de nombreux cas la formule *ope consilio* (cpr. sur cette formule I p. 116), ainsi que le montre le titre des Pandectes qui en traite.

(3) Par exemple dans le cas où l'on cache un ennemi (v. § I de la présente section) l'assistance, déjà donnée par le seul fait qu'on ne dénonce pas le délit, est punie moins sévèrement que le délit lui-même.

(4) *C. Th.*, 9, 14, 3, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 5, 2.

(5) Lorsque par exemple la loi réprime comme crime capital le fait de tenir des comices hors de Rome, on peut, pour des prescriptions purement positives de ce genre auxquelles manque à proprement parler tout fondement moral, se demander si la seule préparatiou du délit, celui-ci n'étant pas réalisé, ne tombe pas sous le coup de la loi.

(6) On le constate dans la répression de la désertion (*Dig.*, 49, 16, 3, 11).

tre manifestation d'intention hostile à la patrie ou aux alliés doit être considérée comme crime (1). Nous en avons la preuve pour la désertion, qui est consommée par cela seul qu'on s'éloigne du camp romain (2), pour les négociations avec un État étranger dans un but hostile à la patrie (3), pour le meurtre d'un magistrat (4), tandis que cette règle se comprend d'elle-même en cas de tentative faite pour renverser la constitution ou pour susciter une émeute. Cette procédure devait inévitablement se transformer en un procès d'opinion et il en fut assez souvent ainsi.

Eléments du crime d'Etat en général.

Les éléments de la perduellion et du crime de lèse-majesté ne peuvent être déduits ni des expressions employées pour les désigner, ni des explications ou plutôt paraphrases (II p. 235 n. 2) que les ouvrages juridiques nous donnent de ces termes. L'extension de cette notion de « mauvaise hostilité » à d'autres faits qu'à celui de porter les armes contre Rome est aussi certaine que les limites de cette extension par voie d'analogie sont indéterminées et l'idée d'amoindrissement de la majesté du peuple romain est assez souple pour permettre de donner à tout reproche politique imaginable la forme d'une action pénale. Quant au problème, difficilement susceptible d'une solution absolue, de la séparation des actes relatifs à la communauté qui n'engagent que la responsabilité politique et de ceux qui mettent en jeu la responsabilité pénale, le droit pénal romain semble en fait se l'être à peine posé en théorie ; en pratique, le crime d'État, surtout par suite de l'absence de toute délimitation juridique (5), a trop souvent donné lieu

---

On ne peut pas objecter là-contre Denys, 5, 11 : τοῖς μὲν ἄλλοις ἀδικήμασι γενομένοις ὀργίζεσται πεφύκασιν ἅπαντες, προδοσία δὲ καὶ ὑποπτευομένη.

(1) Cela résulte aussi de ce fait qu'en cas de condamnation la peine se fonde sur la résolution de volonté coupable.

(2) *Dig.*, 49, 16, 3, 11.

(3) Pour ce cas et pour le suivant, la constitution d'Arcadius (*C. Th.*, 9, 14, 3 = *C. Just.*, 9, 8, 5, *pr.*) pose la règle : *eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt.*

(4) *N.* 3. On applique ici en outre la règle que toute tentative de meurtre est punie comme le meurtre.

(5) Tacite, *Ann.*, 3, 38 : *addito* (à l'action de *repetundae*) *majestatis cri-*

(543) à des abus et est devenu à certains moments un véritable fléau. On peut toutefois, grâce aux applications qui en ont été faites, fixer jusqu'à un certain point les éléments de ce délit, le plus ancien, le plus important, mais aussi, il est vrai, le plus indéterminé de tous. Avant de tenter un exposé distinct des différentes catégories de ce délit, nous devons indiquer ici les principes directeurs en cette matière.

1. La coercition, bien qu'elle soit le germe d'où est sorti le crime d'État, doit en tant que coercition être exclue de la théorie que nous voulons exposer ici, comme elle doit d'ailleurs être écartée du droit pénal en général. Toute répression provoquée par la violation des liens de l'alliance et par la rupture des liens de subordination à l'empire repose à vrai dire sur la notion de perduellion, mais ne peut faire l'objet d'un exposé complet en droit pénal. Il en est de même de la coercition du droit de la guerre comme de toute autre coercition des magistrats. La punition du déserteur ne rentre dans le droit pénal qu'autant qu'elle peut-être infligée, non pas seulement par application de la discipline militaire, mais aussi par voie de procédure pénale. Les crimes moins graves, notamment ceux des subalternes et les infractions aux prescriptions de police, par exemple à la défense de porter des armes (1), peuvent aussi être considérés comme des violations de l'ordre public, mais ils ne rentrent pas dans le droit pénal lorsque leur répression n'a lieu que par des moyens de coercition. Le champ d'application de la procédure pénale nous sert ici de limite; en outre, dans l'exposé qui va suivre, nous ferons abstraction en principe de l'application de la pro-

---

mine, quod tum omnium accusationum complementum erat. Alexandre Sévère (*Cod.*, 9, 8, 1) repousse la demande qui tendait à faire condamner comme coupable d'un crime de lèse-majesté celui qui avait prononcé un jugement contrairement à une constitution impériale. L'abus de l'accusation de lèse-majesté se fait encore plus sentir à cause des rigueurs propres à cette forme de procédure, comme la possibilité de la torture par exemple (Ammien, 28, 1, 11. 31, 14, 5), qu'à raison de la gravité de la peine.

(1) *Nov.*, 17 c. 17.

cédure pénale hors de Rome et au regard des non citoyens. Bien entendu cette ligne de démarcation disparut dans la dernière période, lorsque la coercition et la procédure pénale par voie de *cognitio* se confondirent.

2. Tout délit peut être considéré comme un tort causé à la communauté puisque dans tous les cas la communauté se charge de l'exécution de la peine ou la permet. Mais pour qu'il y ait un crime d'État, il faut que le tort ait été causé directement à la communauté; un tel crime n'existe donc pas, lorsque le délit a principalement été commis contre un particulier. D'une manière générale, surtout dans le droit développé, il n'est pas question de crime d'État, lorsque l'acte rentre parmi les délits pour lesquels d'autres catégories de peines ont été établies. Le meurtre n'est un crime d'État, qu'autant que la victime est un magistrat (1). L'incendie est traité d'une façon (544)
absolue comme tort causé à un particulier. Le vol des récoltes sur pied et la chanson diffamatoire sont réprimés au nom de la communauté, mais ne sont pas traités pour cela comme crimes d'État. La même observation s'applique aux actions pénales édiliciennes, par exemple à celles contre l'usurier. La corruption électorale et les exactions des magistrats pourraient être traitées comme crimes d'État, toutefois les lois romaines suivent en ces matières une autre voie. Mais surtout les actes délictuels commis par un magistrat et qui ne se justifient pas par l'accomplissement d'un devoir de la charge ne sont pas réprimés comme crimes d'État. La mise à mort ordonnée par un magistrat en violation du droit de provocation n'est pas un crime d'État, mais une *injuria*. Il n'est pas absolument impossible de concevoir que des actes de cette nature soient déshonorants pour la communauté (2); mais la non extension du procès tribunitien de reddition de compte à de pareils excès des

(1) Nous nous sommes efforcés d'expliquer II p. 221 n. 1 pourquoi le fratricide d'Horace fut, contrairement à la règle rapportée au texte, traité comme perduellion.

(2) Le détournement du butin, qui est un péculat, n'apparaît dans la procédure pénale tribunitienne que dans le procès de Scipion intenté

magistrats montre que cette considération n'était ici d'aucun poids (1). Il faut donc, dans cette mesure, reconnaître un certain caractère subsidiaire au crime d'État.

3. Lorsque les délits du droit privé sont commis contre la communauté, ce qui a lieu notamment au cas de vol sous la forme du péculat ou du sacrilège et également au cas de dommage causé à la chose d'autrui, ils ne sont pas pour cela traités comme crimes d'État ; il faut même ajouter que dans la mesure où l'ancien droit permettait une action pénale publique à leur occasion ils ont plutôt été portés devant les questeurs que devant les duumvirs ou les tribuns de la plèbe.

(545) 4. Nous trouvons pour établir les éléments de ce délit un point d'appui précis dans les différents cas particuliers énumérés par les lois relatives à notre matière, en commençant par la loi des XII Tables (II p. 237 n. 1) et en continuant par la loi Julia qui réglemente notre *quaestio* et cite une série de cas de ce genre (2). Nous mettons toutefois en garde contre l'idée que ces différents cas particuliers épuiseraient la notion de ce délit (3). D'autres exemples nous sont offerts par les procès de perduellion et de lèse-majesté mentionnés par les historiens et dont la valeur juridique n'est pas en rapport

---

nullo exemplo (Aulu-Gelle, 6, 19). Lorsqu'en 584/170 on porta dans un but de corruption les urnes d'argent dans la demeure de C. Lucretius, préteur à Chalcis (sénatus consulte de Thisbé, Bruns, *Fontes* 6, p. 162, l. 50), celui-ci fut contraint par les tribuns de leur rendre compte de cet acte et d'autres méfaits semblables (Tite-Live 43, 8). Des faits de ce genre peuvent être traités comme crimes d'État, mais même dans de tels cas la conception contraire qui prévaut ordinairement.

(1) On ne trouve pas de procès tribunitiens pour violation du droit de provocation. Si la procédure intentée contre les décemvirs après leur renversement est tout d'abord fondée sur les *falsae vindiciae* (Tite-Live, 3, 56, 4), comme l'exige la légende de Virginie, il y a certainement là une incorrection comme dans l'extension de cette procédure à l'*adsertor* (*St. R.*, 2, 324, n. 6 [*Dr. publ.*, 3, 374, n. 5]).

(2) *Dig.*, 48, 4, 2. 1. 3.

(3) Modestin, (*Dig.*, 48, 4, 7, 3) exige pour l'application de la *lex majestatis* un délit « *quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est* ».

avec le nombre considérable des procès de ce genre qui nous sont rapportés. Le principal obstacle provient de ce que nous savons peu de chose du procès régulier qui se déroule devant les tribunaux ordinaires, tandis que dans les procès devant les tribunaux souverains, c'est-à-dire devant les comices, le sénat ou l'empereur, le pouvoir qu'ont ces autorités répressives de ne pas tenir compte des lois rend beaucoup plus difficile la recherche des règles juridiques qui y sont appliquées. Les transformations politiques qui se sont accomplies à Rome au cours des temps n'ont pas ici une portée aussi grande que celle à laquelle on pourrait s'attendre; malgré des différences extérieures très nettes les grandes lignes de la théorie ont peu changé.

5. Il reste spécialement de l'époque républicaine un certain nombre de lois et de procédures pénales particulières, à propos desquelles on n'indique que l'acte défendu, mais non pas la catégorie de délit; la grande majorité des procédures pénales tribunitiennes rentrent dans ce nombre. Cela a eu d'autant plus lieu que, comme nous l'avons déjà indiqué (II p. 221) et comme nous le redirons à propos de la procédure, le mot perduellion a peut-être eu simultanément dans l'ancien temps une double acception: l'une pour le fond du droit, l'autre pour la procédure, et que dans son sens le plus large il désigne simplement la totalité des actions pénales qui pouvaient être exercées par la procédure patricienne devant les duumvirs et par la procédure plébéienne devant les tribuns.

Nous répartissons en six groupes les différents cas de crimes d'État qui doivent être exposés ici :

(546)

Classement des différents crimes d'Etat.

I. Relations coupables avec l'ennemi.
II. Renversement de la constitution.
III. Manquements aux devoirs de la magistrature et du sacerdoce.
IV. Manquements aux devoirs du citoyen vis-à-vis de l'État.
V. Manquements aux devoirs religieux du citoyen.
VI. Atteinte à la personne du magistrat de la communauté.

Ces catégories ne sont pas au point de vue logique rigoureusement distinctes l'une de l'autre et un assez grand nombre de cas peuvent être rangés en même temps dans plusieurs d'entre elles; mais comme on ne peut guère donner que des exemples ces distinctions facilitent une vue d'ensemble. Dans la mesure où cela nous a paru nécessaire, nous avons indiqué ici pour les différents cas particuliers la forme de procédure et la peine applicables, sous réserve de l'exposé spécial que nous ferons plus tard de ces deux points.

I. Relations coupables avec l'ennemi.

Désertion. 1. Le déserteur, c'est-à-dire le citoyen qui, soldat ou non (1), s'unit à une cité en guerre avec Rome ou non liée (2) avec elle par un traité (3), est poursuivi le cas échéant par la procédure de perduellion (4), quoique le déserteur, tout au moins le soldat déserteur, soit ordinairement condamné d'après le droit de la guerre (I p. 48 n. 1). La faute du déserteur est plus grave que celle de l'ennemi, aussi obtient-il difficilement sa grâce; il est ordinairement frappé d'une peine de mort rigoureuse (5).

---

(1) Tombe sous le coup de la loi Julia quiconque *privatus ad hostes transfugit* (*Dig.*, 48, 4, 2). Tacite, *Ann.*, 6, 14.

(2) *Dig.*, 49, 15, 19, 8. L'État qui n'est pas uni à Rome par un traité (*si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus*) n'est pas à proprement parler un ennemi, mais il est assimilé en droit à l'État qui est en hostilité avec Rome (*Dig.*, 49, 15, 5, 2).

(3) Sous le nom d'union à une cité ennemie, il faut entendre l'entrée dans une cité ennemie de Rome soit à titre de citoyen, soit à titre de client avec abandon du droit de cité romaine comme au cas d'*exilium*.

(4) C'est ce que prouve la citation de ce cas dans la loi Julia (n. 1) ; cette procédure est également nécessaire, lorsque l'existence du crime est douteuse. Si la loi parle du *privatus*, c'est qu'elle vise le cas ordinaire, mais le procès de perduellion est aussi juridiquement possible contre celui (qui a été) soldat.

(5) Le *transfuga* est *pro hoste* (*Dig.*, 49, 16, 7). Exception : *Dig.*, 49, 16, 5, 8. Dans la guerre contre Hannibal, les anciens citoyens romains sont crucifiés, les anciens latins décapités (Tite-Live 30, 43, 13. Val. Max., 6, 7, 12). D'après le droit impérial, le déserteur est crucifié ou brûlé (*Dig.*, 48, 19, 8, 2. l. 38, 1. 49, 16, 3, 16, où la *furca* a été mise à la place de la croix). Quant à la question de savoir dans quelle mesure toute personne peut tuer le déserteur, nous en parlerons à propos du meurtre.

2. Lorsqu'une communauté admise dans le groupement des citoyens romains abandonne le parti de Rome, les membres de cette cité ne perdent pas d'emblée, à l'époque républicaine, leur qualité de citoyens romains. Le motif de cette décision est sans doute qu'on ne peut pas imputer cet acte à toutes ces personnes. Le retrait du droit de cité n'est ordinairement possible qu'autant qu'il est autorisé par un vote du peuple (1). Toutefois la répression n'est pas toujours aussi douce (2) et le droit postérieur assimile ces personnes à des déserteurs (3). A ceux qui sont restés fidèles à Rome on restitue d'une façon *ad hoc* leur droit personnel (4). Ici, comme pour tous les crimes commis en masse, les autres peines n'atteignent ordinairement que quelques individus choisis dans le nombre. (547) Défection.

3. Sous le nom de trahison (*proditio*), notion qui occupe le premier rang parmi les crimes d'État (5), on comprend principalement la livraison à l'ennemi d'une place romaine (6), Trahison.

---

(1) Tite-Live 26, 33. *St. R.*, 3. 139. 328 [*Dr. publ.*, 6, 1, 156. 374].

(2) Nous savons qu'au regard de Capoue il n'y eut pas de plébiscite de ce genre; les débats rapportés par Tite-Live, 26, 33, montrent même que des doutes existaient sur la nécessité d'un pareil plébiscite.

(3) Paul, *Dig.*, 4, 5, 5, 1 : *qui deficiunt capite minuuntur* (*deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt et in hostium numerum se conferunt...*) *utique usque eo, ut civitatem amittant.* L'application que Sylla fit de cette règle aux cités rebelles (Cicéron, *De domo*, 30, 79 ; *Pro Caec.*, 33, 97) est correcte, à la condition bien entendu que le parti victorieux soit reconnu légitime.

(4) Tite-Live, 23, 31, 10 : *de trecentis equitibus Campanis, qui in Sicilia cum fide stipendiis emeritis Romam venerant, latum ad populum, ut cives Romani essent, item uti municipes Cumani essent pridie quam populus Campanus a populo Romano defecisset.*

(5) C'est ce que montre le passage de Denys d'Halicarnasse (II p. 236 n. 2), celui de Tacite, *Ann.*, 1, 72, et aussi, semble-t-il, la loi des XII Tables (II p. 237 n. 1). Reste à savoir jusqu'où s'étend cette notion de trahison.

(6) *Dig.*, 48, 4, 3 : (*qui*) *arcem tenuerit* (peut-être faut-il écrire : *tradiderit*) *aut castra concesserit.* C'est ainsi que la légende traite comme trahison la livraison du Capitole aux Sabins par le père de Tarpeia (Denys, 2, 38; Plutarque, *Rom.*, 17). A la suite de la livraison de la ville de Vaga au roi Jugurtha, le commandant T. Turpilius Silanus fit l'objet d'une poursuite conformément au droit de la guerre (Plutarque, *Mar.*, 8 : ἔσχεν αἰτίαν προδοσίας ; Salluste, *Jug.*, 69), et comme en qualité de Latin il ne jouissait pas du droit de provocation, il fut décapité.

(548) d'un territoire romain (1), d'une troupe romaine (2) ou même d'un seul citoyen (3).

4. L'entente avec l'ennemi est un crime d'État. Il en est toujours ainsi de quelque manière qu'elle se manifeste (4), que ce soit par la fourniture de subsides de guerre (5), par des renseignements ou des conseils (6) ou par l'entrave mise à la capture d'un ennemi (7). Dans la dernière période, l'instruction donnée au barbare dans l'art de construire les navires est un crime capital (8). Même encore à la fin de la République, on soutient que le magistrat peut procéder dans ce cas comme à l'égard

---

(1) *Dig.*, 48, 4, 10 : *cujus ope consilio dolo malo provincia vel civitas hostibus prodita est.*

(2) *Dig.*, 48, 4, 4 : *cujus dolo malo exercitus populi Romani in insidias deductus hostibusve proditus erit.* De même Cicéron, *De or.*, 2, 39, 164; Tacite, *Ann.*, 1, 72; Paul, 5, 29, 1.

(3) Loi des XII Tables (II p. 237 n. 1) : *qui civem hosti tradiderit.*

(4) Corruption par un souverain étranger (Val. Max., 3, 7, 8). — Entente d'un Macédonien de distinction avec le roi de Thrace en préparatifs de guerre : Tacite, *Ann.*, 3, 38. — Entente d'un romain avec un chef de rebelles : Tacite, *Ann.*, 4, 13. — Entente d'Irma, veuve de Stilicon, avecAlaric : Zosime, 5, 38.

(5) *Dig.*, 48, 4, 4 : *cujus opera dolo malo hostes p. R. commeatu armis telis equis pecunia aliave qua re adjuti erunt... cujus opera dolo malo factum erit, quo magis obsides pecunia jumenta hostibus p. R. dentur.* A l'époque du Principat, on interdit notamment sous peine de mort d'exporter des armes (constitution de Marcien de 455/7. *Cod.*, 4, 41, 2) et du fer en général (Paul, *Dig.*,39, 4, 11; *Cod.*, 4, 41, 2; Procope, *B. pers.*, 1, 19). Si cette interdiction fut étendue aux céréales et au sel (Paul, *loc. cit.*), cela tint sans doute à des circonstances spéciales; dans la guerre contre Tacfarinas, on accusa des citoyens romains de l'avoir soutenu en lui fournissant des céréales (Tacite, *Ann.*, 4, 13). Valentinien I défendit l'exportation de l'or sous peine de mort (*Cod.*, 4, 63, 2).

(6) *Dig.*, 48, 4, 1, 1 : *qui hostibus p. R. nuntium litterasve miserit signumve dederit, feceritve dolo malo, quo hostes p. R. consilio juventur.* V. un exemple dans Sidoine, *Ep.*, 1, 7, 5.

(7) *Dig.*, 48, 4, 4 : *factumve dolo malo cujus dicitur, quo minus hostes in potestatem p. R. veniant.* Comme exemples en ce sens on peut citer la mise en liberté des pirates prisonniers que Cicéron (*Verr.*, l. 5, 5, 11) reproche à Verrès et la protection accordée à l'ennemi en fuite (*Dig.*, 48, 19, 40). Dans le dernier cas, on punit de la déportation quiconque a caché l'ennemi chez lui et de la relégation celui qui ayant connaissance de la fuite ne l'a pas révélée.

(8) Constitution de Théodose II de 419. *C. Th.*, 9, 40, 24 = *C. Just.*, 9, 47, 25.

du déserteur (I p. 47) (1) et réprimer la perduellion sans être soumis à la limitation de la provocation.

5. Causer ou favoriser une déclaration de guerre contre Rome (2), c'est également se rendre coupable de trahison ; il en est de même lorsqu'on pousse un État allié à déserter le parti de Rome (3) et lorsqu'on facilite cet abandon en faisant disparaître les otages fournis (4). (549)

6. Un lien de connexité unit ces délits à la rupture de ban. Rupture de ban.
Le non citoyen qu'une loi romaine a banni du territoire romain par l'interdiction de l'eau et du feu est de ce fait, même s'il appartient à une cité amie, non seulement privé de la protection juridique dont jouissent les membres de cette cité, mais il est en outre traité comme appartenant à une cité en guerre avec Rome, lorsque, malgré le bannissement, il met le pied sur le sol romain. Plus tard, lorsqu'à l'époque de Sylla on eût introduit parmi les peines qui peuvent être infligées aux citoyens romains le bannissement hors de l'Italie au moyen de l'interdiction de l'eau et du feu, la rupture de ban dut être également traitée dans ce cas comme perduellion et celui qui était en rupture de ban, de même que celui qui le recevait ou lui prêtait assistance, a dû être puni en conséquence. Quant à l'exécution de cette interdiction, il en sera parlé à propos de la peine de mort.

---

(1) Lorsque Verrès fit crucifier le citoyen romain P. Gavius comme espion (*speculator*) des pirates (Cicéron, *Verr.*, 5, 62. 63. 64), ce fut sans doute un assassinat juridique; mais le magistrat eût pu procéder ainsi, s'il eût été établi que le délit avait été commis.

(2) Loi des XII Tables, *Dig.*, 48, 4, 3 : *qui hostem concitaverit. Dig.*, 48, 4, 1, 1 : (*cujus opera consilio malo consilium initum erit*), *quo quis contra rem p. arma ferat.* Paul, 5, 29, 1 : *cujus ope consilio adversus imperatorem vel rem p. arma mota sunt.* La procédure tribunitienne contre M. Aemilius Scaurus pendant la Guerre Sociale se fonde sur un *belli concitati crimen* (Asconius, *In Scaur.*, p. 21).

(3) *Dig.*, 48, 4, 4 : *cujus dolo malo factum erit, quo res exterae nationis populo R. minus obtemperet* [*exteri*]*ve ex amicis hostes populi R. fiant* (qu'on doit lire vraisemblablement) dans cet ordre.

(4) *Dig.*, 48, 4, 1, 1 : *cujus opera dolo malo factum erit, quo obsides injussu principis interciderent.* l. 4 (II p. 246 n. 5).

II. Renversement de la constitution.

Renversement de la constitution républicaine.

Une prescription de l'État qui serait juridiquement immuable est une *contradictio in adjecto*. La communauté peut bien se lier pour toujours par un acte bilatéral et telle est bien l'idée sur laquelle reposent les traités internationaux ; mais la communauté ne peut pas plus renoncer en droit par un acte unilatéral à la faculté de modifier plus tard sa volonté que le testateur ne peut se défendre à lui-même de révoquer son testament. Cette différence se manifeste extérieurement dans ce fait que la confirmation morale et religieuse par le serment du magistrat ou de la communauté ne s'ajoute ordinairement
(550) aux actes de la communauté que s'ils sont bilatéraux (1). Dans la pratique, les Romains ont également observé en principe cette loi de la logique. Sans doute, les résolutions populaires contiennent souvent la déclaration qu'elles sont immuables et édictent une peine contre toute tentative qui serait faite pour les abolir ou les modifier ; mais ces déclarations n'ont pas eu plus d'importance au point de vue juridique que l'affirmation par les particuliers que telle disposition est de leur part un acte de dernière volonté. Une telle loi est susceptible d'être abolie comme toute autre qui ne contiendrait pas une clause de ce genre, et il n'y a même pas d'exemples qu'une tentative

(1) Lorsque nous rencontrons la confirmation par serment d'un acte de la communauté en dehors de la matière des traités internationaux, il s'agit en général de l'établissement de droits privés, notamment de la propriété foncière privée ; il en fut ainsi, par exemple, lors de la fondation de colonies, lors de la loi agraire de César et lors d'autres actes semblables (*St. R.*, 3, 362. 885 n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 1, 415. 7, 59, n. 2]). L'immuabilité de ces actes de la communauté se fonde sur ce fait que, d'après la conception originaire, les droits privés ne sont pas sous la dépendance absolue du pouvoir de l'assemblée populaire et que la liberté et la propriété ne peuvent pas être enlevées arbitrairement au citoyen romain, même par un vote des comices ; une telle loi est dans un certain sens un acte bilatéral. Tout autre est le serment d'observer certaines lois qu'on exige des magistrats lors de leur entrée en charge (*St. R.*, 1, 620 [*Dr. publ.*, 2, 291]). Un tel serment n'a pas pour objet de garantir que la loi ne sera pas modifiée, mais qu'elle sera consciencieusement observée pendant l'année de charge.

infructueuse faite pour obtenir l'abolition de cette loi ait entraîné l'application de la peine édictée par la loi elle-même. La volonté de la communauté est et demeure variable et la tentative faite pour amener ce changement peut échouer, elle n'est pas punissable (1).

D'après ce qui précède, on voit que le droit public romain ne considère pas le renversement de la constitution comme un cas de perduellion. La tentative faite pour modifier la forme de gouvernement existante est légitime en soi, mais il peut y avoir dans les moyens employés une violation de la loi. Cette règle souffre toutefois une exception: toute tentative faite pour restaurer la royauté unique et viagère (2) ou pour établir une magistrature du même genre (3) est non seulement traitée comme perduellion par les lois (4), cette ré- (551)

(1) Nous avons exposé ces idées plus longuement dans *St. R.*, 3, 360 sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, 413 sv.].

(2) Les termes employés dans ce sens sont *regnum occupare* (Varron, 5, 157; Cicéron, *De re p.*, 2, 55, 60 et ailleurs) ou *appetere*, (Cicéron, *Lael.*, 11, 36; *Phil.*, 2, 44, 114; *De dom.*, 38, 101) ou *affectare* (*Val. Max.*, 5, 8, 2; Pline, *H. n.*, 34, 4, 15, c. 6, 30; Quintilien, 5, 9, 13. c. 13, 24 et fréquemment plus tard;) τυραννίδι ἐπιτίτεσθαι (Diodore, 12, 37) ou ἐπιβάλλεσθαι (Diodore, 15, 35). Par euphémisme, on désigne la révolution comme une « innovation » (*res novae*). Cette expression se trouve déjà chez Cicéron (*Cat.*, 1, 1, 3 : *Sp. Maelium novis rebus studentem*) et devient surtout très usitée dans la suite (par ex., Tacite, *Ann.*, 14, 62. 16, 7. *Hist.*, 1, 7. 4, 38. 49); mais elle a une portée beaucoup plus étendue et appartient à la politique et non au droit pénal.

(3) Cicéron, *De re p.*, 2, 27, 49 : *nostri omnes reges dixerunt qui soli in populo perpetuam potestatem haberent*, formule où sont très exactement relevés les éléments constitutifs de la République : collégialité et annalité des magistratures. Le terme technique pour désigner la magistrature analogue à la royauté est dans le droit public postérieur celle de magistrat non soumis à la provocation (Cicéron, *De re p.*, 2, 31, 54. Tite-Live, 3, 55 (n. 4).

(4) Tite-Live, 2, 8, 2 (cpr. Denys. 5, 19. Plutarque, *Popl.*, 11, 12; *St. R.*, 2, 16 [*Dr. publ.*, 3, 16]) nous présente cette règle comme posée après la chute de la royauté par la loi Valéria *de sacrando cum bonis capite ejus, qui regni occupandi consilia inisset* et reproduit la même règle 3, 55. par rapport au décemvirat, dans une double forme, d'abord comme loi consulaire : *qui (magistratum sine provocatione) creasset, eum jus fasque esset occidi neve ea caedes capitalis noxae haberetur*, puis comme plébiscite : *(ut) qui... magistratum sine provocatione creasset, tergo ac capite puniretur*. Il est vraisemblable, étant donné surtout qu'on traite en même temps de la situation respective du plébiscite et de la loi proprement dite, qu'on a in-

pression légale est encore fortifiée par le serment que les citoyens prêtent pour eux et leurs successeurs de ne plus jamais supporter un roi ou une magistrature analogue (1). Ici la passion politique triompha de la logique du droit. Une application de cette loi pénale se trouve dans les récits plus ou moins historiques que nous avons des procès de perduellion contre Sp. Cassius 268/486 et M. Manlius 369/385 (2). — Toutefois on ne se contenta pas de faire rentrer ces actes dans les délits. La prescription légale qui punissait la tentative de restauration de la monarchie comme trahison servit dans la doctrine du parti des loyalistes républicains de point d'attache à une théorie juridique, d'après laquelle tout citoyen romain a le droit et le devoir de tuer sans procédure préalable quiconque s'efforce d'acquérir un pouvoir royal de ce genre ou l'a déjà acquis. Le fait que ces lois contenaient une *sacratio* contre ceux qui tenteraient de rétablir la monarchie ne justifie pas cette déduction; car, comme nous le montrerons
(552) dans le Livre suivant, la *sacratio* n'est que la menace de la peine capitale, et le droit ne permet l'exécution de celle-ci que s'il y a eu une condamnation judiciaire (3). Mais le serment prescrit par ces lois, et que les citoyens prêtaient pour eux et leurs héritiers, fondait non pas, il est vrai, une obligation juridique, mais une obligation morale et politique de

troduit ici dans l'histoire la même règle juridique sous deux formes différentes. Au fond, ce récit a toujours sous cette double forme le même objet : l'action de perduellion et son exécution.

(1) Tite-Live, 2, 1, 9 : *Brutus... populum... jure jurando adegit neminem Romae passuros regnare.* Plutarque, *Popl.*, 11.

(2) Les deux récits que j'ai commentés en détail dans mes *Röm. Forschungen*, 2, 153 sv., sont légendaires et on a dénaturé le premier en faisant intervenir, ce qui est injustifiable, les *quaestores parricidii* dans le procès d'État (I p. 178 n. 2); mais il n'est pas douteux que ce cas de perduellion ait trouvé sa place dans les théories juridiques romaines. Appien, *B. c.* 2, 108, nous rapporte un cas où les citoyens rivalisèrent pour l'exercice d'un procès de ce genre.

(3) L'erreur, telle qu'on la trouve par exemple chez Plutarque, *Popl.*, 11, et consistant à croire qu'il n'y a pas de procès en cas de *sacratio*, peut avoir été incorporée dans le récit par des chroniqueurs postérieurs ; ce n'est pas la *sacratio* qui a déterminé les meurtriers à agir, mais le serment prêté (II p. 251 n. 2).

traiter d'emblée un tel roi comme ennemi ; à vrai dire, un tel serment tendait à faire de la révolution un moyen de répression politique. Cette doctrine légitimiste du parti républicain a été consignée dans la légende de l'assassinat avec guet-apens du simple citoyen Sp. Maelius par un autre citoyen également sans charge, C. Servilius Ahala (1). En fait, le plus grand des Romains en fut la victime (2), mais ses successeurs réprimèrent son assassinat en poursuivant les coupables comme meurtriers (3). Cette théorie et ces applications n'appartiennent pas au véritable droit pénal.

Renversement de la constitution plébéienne.

La communauté plébéienne se constitua de la même manière que la république patricienne et s'organisa manifestement à l'instar de cette dernière. A sa législation autonome, qui ne jouissait pas en droit de la même force que les résolutions du peuple entier, elle conféra non seulement la sanction capitale attachée par un vote du peuple entier au bannissement de la royauté (4), mais elle lui donna également

---

(1) La valeur paradigmatique de ce récit (cpr. sur ce récit mes explications dans *Röm. Forschungen*, 2, 199 sv.) est obscurcie par l'addition postérieure qui y fut faite de la dictature et de la charge de maître de la cavalerie. Ce récit est le programme précis suivi pour la mise à mort de César, y compris le guet-apens.

(2) Appien, *B. c.*, 2, 119 : (les meurtriers de César) τοῦ βρούτου τοῦ πάλαι καὶ τῶν τότε σφίσιν ὁμωμοσμένων ἐπὶ τοῖς πάλαι βασιλεῦσιν ἀνεμίμνησκον.

(3) Cpr. I p. 231 n. 2. Même dans la légende d'Ahala on trouve la répression criminelle de l'acte (Cicéron, *De domo*, 32, 86, *De re p.*, 1, 4, 6, Tite-Live, 3, 21).

(4) *Sacratae leges sunt*, dit Festus, p. 318, *quibus sanctum est qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque sunt, qui esse dicant sacratas, quas plebes jurata in monte sacro sciverit.* L'affirmation de Festus que sous le nom de *leges sacratae* on comprend tout d'abord les résolutions autonomes qui ont constitué la plèbe, est confirmée par Cicéron, *De leg.*, 2, 7, 18 ; *Pro Tullio*, 47 et chez *Asconius, In Cornel.*, p, 75 et en outre par Asconius, *loc. cit.*, et Tite-Live, 2, 54, 9. 3, 32, 7. 5, 11, 3. 39, 5, 2; tandis que ce dernier, 2, 33, 3, les considère comme formant une constitution unique et les appelle du nom de *lex sacrata*, exactement comme Festus, p. 318, les nomme *lex tribunicia prima*. — Il y a d'ailleurs, en dehors de la constitution plébéienne, d'autres *leges sacratae* : comme la prohibition des *privilegia* (Cicéron, *De domo*, 17, 43 ; *Pro Sest.*, 30, 65) ; la loi Icilia sur l'Aventin (II p. 257 n. 2) ; une loi de 412/342 contre la dégradation militaire (II p. 257 n. 2) ; sans doute aussi le plébiscite de 397/357 *ne quis postea populum revocaret* (Tite-Live, 7, 16, 8 ; *St. R.*, 3, 381, n. 2 [(*Dr.*

(553) par un serment fait pour soi et pour ses héritiers le sceau de l'immuabilité (1). Cette constitution plébéienne, appelée du nom de *leges sacratae* au sens le plus élevé du mot, comprenait les règles suivantes : exclusion des patriciens de la présidence de la plèbe (2), inviolabilité des tribuns (3), intercession des tribuns (II p. 256 n. 1), liberté de parole des tribuns (II p. 264 n. 5) ; elle embrassait donc en substance tous les droits des chefs de la plèbe, qui d'après le droit public appartenaient aussi aux magistrats patriciens (4). Par le serment, les plébéiens s'engageaient pour toujours à ne souffrir ni violation, ni suppression de ces droits. Des violations de ces droits et des actions de perduellion ou de lèse-majesté fondées sur ces violations ont eu fréquemment lieu, ainsi que nous l'exposerons plus loin ; mais il n'y a jamais eu d'attaque directe contre la constitution de la plèbe qui pût

---

publ., 6, 1, 437, n. 2]), ayant pour sanction la peine capitale. Enfin, dans le langage militaire, on désigne sous le nom de convocation *lege sacrata* la convocation à laquelle les personnes tenues du service militaire doivent répondre sous peine de mort (I p. 49 n. 1). — L'épithète qui distingue ces *leges* des autres vise vraisemblablement, ainsi que l'exige l'étymologie et que le dit expressément Festus, la sanction capitale contenue dans la formule de *sacratio* ; elle exclut donc tous les délits de moindre gravité. Si on l'emploie surtout pour désigner les lois constitutives de la plèbe, il faut probablement en chercher la cause dans ce fait que ce fut seulement au cours d'une longue lutte de classes que le caractère obligatoire de ces plébiscites, c'est-à-dire l'efficacité de leur sanction capitale, fut reconnu, tandis qu'aucune discussion de ce genre ne fut jamais élevée pour les cas de trahison et de meurtre.

(1) Festus, p. 318 (II p. 251 n. 4) et ibid. sous *sacrosanctus*. Tite-Live, 3, 55, 6.

(2) Cicéron, *De prov. cons.*, 19, 46,; *Pro Sest.*, 7, 16. Tite-Live, 5, 11, 3.

(3) Cicéron, *Pro Tullio*, 47 sv. : (*lex antiqua*) *de legibus sacratis, quâe jubeat impune occidi eum qui tribunum plebis pulsaverit* et ailleurs. C'est pour cette raison que les magistrats de la plèbe sont désignés sous le nom de *sacrosancti*. *St. R.*, 2, 286. 298 [*Dr. publ.*, 3, 329. 343.]

(4) Il y a peut-être eu en cette matière d'autres prescriptions qui nous sont restées inconnues; en particulier, la perpétuité du tribunat de la plèbe sur laquelle repose la perpétuité de la plèbe n'est pas garantie par le droit public; car l'*interregnum* fait défaut dans l'organisation de la plèbe. Mais pour expliquer cette lacune il faut plutôt recourir à l'idée que la constitution plébéienne n'est pas autre chose qu'une réglementation de la révolution et que cette dernière se défend elle-même, même lorsque sa protection n'est pas assurée.

être assimilée à la tentative de restauration de la monarchie (1). La menace d'une révolution a suffi dans ce cas pour écarter l'atteinte projetée à la situation particulière de la plèbe et pour détourner la révolution elle-même qui en serait résultée par contre-coup. (554)

Tactique de la nouvelle monarchie.

Les lois pénales patriciennes et plébéiennes contre les tentatives faites pour changer la constitution existante perdirent toute valeur lors de la dictature de César et de nouveau plus tard, quand les poignards des légitimistes eurent fait disparaître le monarque et non la monarchie, lors de la fondation du Principat par Auguste, c'est-à-dire lors de l'établissement par lui d'une magistrature suprême, unique et viagère. Mais ce Principat n'a jamais eu ni poursuivi la perpétuité juridique. Par suite, la notion juridique de renversement de la constitution ne lui est pas applicable. Si la magistrature du *princeps* est vacante pour cause de démission ou de mort, toute personne peut s'en emparer sans commettre aucune violation de droit ; aucun système, ni celui de l'hérédité, ni celui de l'élection n'est juridiquement consacré pour la dévolution de cette charge (2). La tentative faite pour priver le *princeps* de sa fonction soit en rétablissant la constitution républicaine (3), soit en le remplaçant par une autre per-

(1) Le fait que le tribun de la plèbe dans le cas de Metellus (I p. 52) se fit lui-même le justicier du coupable n'a rien à voir avec le serment plébéien, le tribun ne fit alors que traiter l'offenseur comme *perduellis*.

(2) Une distinction des souverains légitimes et des souverains illégitimes (des *tyranni* pour nous servir de l'expression courante à l'époque postérieure, déjà signalée par Cicéron, *De re p.*, 2, 27, 49, comme le terme grec usité pour désigner le *rex injustus* et employée plus tard vis-à-vis des souverains romains illégitimes, ainsi que le fait par exemple Constantin pour Licinius *C. Th.*, 15, 14, 1) existe certainement en ce sens que, le Sénat étant formellement investi de la souveraineté à l'époque impériale, tout *princeps* est reconnu comme légitime, lorsqu'il a été traité comme tel par le Sénat, ne fût-ce que pendant le plus court laps de temps. C'est ce que prouve de la manière la plus nette l'attitude prise vis-à-vis des deux premiers Gordiens.

(3) Le rétablissement de la République par une voie révolutionnaire n'a vraisemblablement plus été tenté, après la catastrophe de Néron, que par Clodius Macer en Afrique. Mais la politique du gouvernement vis-à-vis des tendances républicaines, telle que Tacite, *Ann.*, 16, 22, la caracté-

sonne (1), est le plus grave de tous les crimes de lèse-majesté ; mais elle n'est ainsi qualifiée en droit que parce qu'elle est une
(555) atteinte au caractère viager de la magistrature souveraine, elle est donc réprimée non comme un attentat contre la charge, mais comme un attentat contre le magistrat. En fait, une république immuable a été remplacée par une monarchie également immuable ; mais Auguste dans sa politique toute de raison n'a pas imité les procédés usités lors des révolutions antérieures, c'est-à-dire lors de l'expulsion des Tarquins et lors de la création de l'État plébéien, et n'a pas entrepris d'assurer pour toujours à l'État son caractère monarchique, soit par une loi, soit par un serment. Sans doute, ce qui avait été autrefois un devoir civique pour les pères devint alors un crime pour les fils ; mais s'il est possible de citer parmi les cas de perduellion du droit pénal le renversement de la République, il ne peut pas en être de même pour le renversement du Principat (2). Cette conception ne s'est modifiée que pour la monarchie de Dioclétien ; mais, dans la dernière période et dans l'organisation de l'Empire à cette époque, la constitution républicaine est si complètement impossible et si totalement oubliée que la monarchie apparaît moins comme un régime fondé sur les principes que comme un système naturel de gouvernement et que toute révolution se présente comme visant exclusivement la personne du souverain.

---

rise avec beaucoup de netteté et d'exactitude, se manifeste notamment dans les poursuites contre les hommes de lettres de l'époque, soit parce qu'ils avaient glorifié les meurtriers de César (Cremutius Cordus sous Tibère : Tacite, *Ann.*, 4, 34. 35. Dion, 57, 24. Suétone, *Tib.*, 61) ou Caton (Tacite, *Dial.*, 2), soit parce qu'ils avaient fait de simples déclamations de rhétorique contre les tyrans (Dion, 59, 20. 67, 12. Juvenal, *Sat.*, 7, 204).

(1) Cela s'appelle *imperium cupere* (Tacite, *Ann.*, 12, 42) *tyrannidem adfectare* (*Vita Pii*, 7), depuis le IIIe siècle surtout *purpuram sumere* (*St. R.*, 1, 433 [*Dr. publ.*, 2, 70]). On considère comme un acte du même genre le fait de se présenter sous le faux nom d'un ancien empereur, comme cela eut lieu maintes fois, notamment après la mort de Néron, et même le fait de se présenter sous le faux nom d'une personnalité capable de recueillir la succession de l'empereur, par exemple, sous le nom d'Agrippa Postumus (Tacite, *Ann.*, 2, 39. 40).

(2) Le silence des sources juridiques à cet égard est très éloquent.

III. Violation des Devoirs incombant aux Magistrats et aux Prêtres.

Délits des magistrats.

Il est évident, bien que la loi pénale n'ait peut être jamais formulé expressément cette règle, que toute violation grave de la constitution par un magistrat, par exemple, le fait de commencer une guerre sans en avoir reçu le mandat ou de continuer l'exercice de ses fonctions au delà du terme légal et toute autre infraction grave aux devoirs de la charge, par exemple, la fuite du général par lâcheté devant l'ennemi, peut être punie comme perduellion ou crime de lèse-majesté. La même remarque s'applique aux manquements des prêtres de la communauté aux obligations qui leur incombent. L'application pratique de cette règle a lieu dans les nombreux procès de reddition de comptes, capitaux ou non, intentés à raison d'actes de ce genre contre d'anciens magistrats par les tribuns de la plèbe, depuis que la juridiction de ces derniers est reconnue sans conteste. Nous avons déjà réuni ailleurs (1) les causes qui peuvent donner lieu à des procès de ce genre, mais il nous paraît inutile de les exposer en droit pénal; car (556) elles sont aussi diverses que les devoirs des magistrats et dans un système où la peine oscille de la peine capitale à l'amende légère en passant par les peines dont le taux dépend exclusivement de l'arbitraire des autorités chargées de l'accusation, les différents cas particuliers peuvent bien être intéressants pour l'histoire et la politique, ils ne sont nullement instructifs pour le droit pénal. En droit, la notion de lèse-majesté embrasse tout acte qui porte atteinte à la dignité de la magistrature (2) ; mais dans la pratique l'action pénale se res-

(1) *St. R.*, 2, 320 sv. [*Dr. publ.*, 3, 368 sv.]. On peut mentionner ici le procès que les textes désignent expressément comme procès capital de perduellion et qui fut intenté contre C. Popilius (647/107), légat du consul L. Cassius, à raison de la capitulation honteuse qu'il avait signée avec l'ennemi pour sauver les troupes (*Rhet. ad Her.*, 1, 15, 25. 4, 24, 34; Cicéron, *De leg.*, 3, 16, 36).

(2) Sénèque, *Contr.*, 9, 2, 17 : *lex (majestatis) quid oporteat quaerit, aliæ quid liceat. Licet ire in lupanar; si praecedentibus fascibus praetor deducitur*

treint ou du moins doit se restreindre, comme nous l'avons déjà fait ressortir, d'une part, aux délits graves pour lesquels la coercition ne suffit pas, d'autre part, aux délits qu'on ne peut pas convenablement faire rentrer dans le champ d'application d'autres actions pénales. Nous relevons ici un certain nombre de cas qui appartiennent à notre matière et que nous trouvons indiqués dans les œuvres historiques ou juridiques qui nous sont parvenues.

1. Le magistrat doit se soumettre à la prohibition et à l'intercession régulière d'autres magistrats. Il est tenu dans les limites fixées par la loi de s'abstenir de tout acte de sa charge, permis en soi, lorsqu'un magistrat plus élevé le lui défend, lorsqu'un magistrat égal ou un tribun de la plèbe fait intercession (1), ou lorsqu'une interdiction générale d'exercer la fonction est prononcée sous la forme d'un *justitium* (2). Toute violation de ces règles de compétence enlève à l'acte en question son énergie juridique, mais celui ci n'est pas toujours punissable; c'est seulement au cas où la défense émane d'un tribun de la plèbe que l'action de lèse-majesté peut être intentée (3). Lorsque, sous la domination impériale, le tribu-
(557) nat de la plèbe fut supprimé en fait, l'*intercessio* tomba presque complètement en désuétude (4).

---

in lupanar, majestatem laedet.... licet qua quis velit veste uti : si praetor jus in veste servili vel muliebri discerit, violabit majestatem.

(1) Quant aux modalités du droit de prohibition et de l'intercession, nous renvoyons à l'exposé que nous avons fait dans le Livre précédent (II p. 146 sv.). L'intercession des tribuns, calquée sur celle des collègues, n'est pas comptée expressément au nombre des *leges sacratae* (II p. 251 n. 4), mais elle appartient sans doute à ce groupe.

(2) Menace d'une amende par le tribun pour inobservation du *justitium* : Plutarque, *Tib. Gracchus*, 10.

(3) *St. R.*, 1, 287 sv. [*Dr. publ.*, 1, 328 sv.]. On peut citer comme exemples de procès de ce genre le procès comitial fondé sur une perduellion et rapporté par Tite-Live, 43, 16, pour l'année 585/169 et l'action de lèse-majesté intentée en 689/65 devant les jurés contre C. Cornelius, parce que celui-ci avait lu lui-même un projet de loi qu'il avait présenté, bien que les tribuns intercédants eussent déjà interdit à l'appariteur de faire cette lecture.

(4) *St. R.*, 2, 309 [*Dr. publ.*, 3, 350]. Le *Princeps* exerce sans doute encore

2. Les nombreuses règles sur les limites et le fonctionnement de la puissance comitiale, par exemple l'inadmissibilité de la loi pénale dirigée contre une seule personne, doivent être considérées comme des prescriptions adressées aux magistrats qui président les comices. Lorsque ces règles sont munies d'une sanction pénale, leur violation tombe sous le coup de la loi de lèse-majesté (1), tandis qu'il n'en est pas de même lorsqu'elles se présentent sans sanction pénale comme « *leges imperfectae* ».

3. On trouve aussi des prescriptions pénales du même genre pour l'exercice des droits militaires et autres des magistrats (2).

4. Sous la République, les tribuns ont le droit d'infliger une amende aux consuls, lorsque ceux-ci ne prennent pas à temps leur commandement militaire (3).

5. Les excès de pouvoir du gouverneur de province occupent dans nos sources juridiques une place à part. Si en soi tout empiétement dolosif d'un magistrat au delà des limites fixées à ses pouvoirs par la constitution peut être rangé dans la catégorie des crimes d'État, cela n'a presque exclusivement lieu chez les jurisconsultes que pour les excès de pouvoir des gouverneurs. La raison en est sans doute que ces derniers, investis en fait du pouvoir militaire tant dans les derniers siècles de la République que sous l'Empire, furent, plus que tous les autres, entraînés à ne pas tenir compte du

---

l'*intercessio* en vertu de sa puissance tribunitienne : *St. R.*, 2, 879 [*Dr. publ.*, 5, 155].

(1) Dans cette catégorie rentrent les prohibitions du *privilegium* et la défense de tenir des comices hors de Rome, les deux cas ayant pour sanction la peine capitale II p. 251 n. 4.

(2) Tite-Live, 7, 41 (cpr. 2, 55), 4, pour l'année 412/342 : *lex sacrata militaris lata est, ne cujus militis scripti nomen nisi ipso volente deleretur additumque legi, ne quis, ubi tribunus militum fuisset, postea ordinum ductor esset.* La sanction était également ici la peine capitale. Il en est de même pour la loi sur le partage de l'Aventin, dont la teneur n'est pas à vrai dire hors de doute (Tite-Live 3, 31, 1. c. 32, 7. Denys, 10, 32).

(3) Tite-Live, 42, 21, 4 : *tribuni plebis... consulibus multam se dicturos, nisi in provinciam exirent, denuntiarunt.*

droit existant; c'est d'ailleurs pour cette raison que toutes les révolutions importantes eurent pour promoteurs ces magistrats. On cite comme exemples d'excès de pouvoir commis par ces magistrats les actes suivants :

a) Le fait par le gouverneur de province de franchir les limites de la province avec les troupes qui sont sous ses ordres (1).

(558) *b*) Rester dans la province après l'arrivée du successeur et refuser de remettre le commandement militaire (2).

c) Lever des troupes sans en avoir reçu le pouvoir (3). D'après la constitution républicaine, le droit de lever des troupes appartient au consul et ne se rencontre pas ordinairement chez le prêteur et par conséquent pas chez le gouverneur de province (4). Sous la Monarchie, ce droit est réservé à l'empereur et ne peut être transmis que par un mandat spécial (5).

d) Faire une guerre offensive sans en avoir le pouvoir (6). Sous la République, c'est aux comices qu'il appartient en droit d'engager une guerre (7); sous la Monarchie, c'est un droit réservé à l'empereur (8).

e) S'approprier le droit de grâce (9).

---

(1) C'est ainsi qu'un procès de lèse-majesté fut intenté en 700/54 contre Gabinius, gouverneur de Syrie, parce qu'il avait conduit ses troupes dans le royaume d'Égypte : Cicéron, *In Pis.*, 21, 50 *exire de provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum injussu populi R. aut senatus accedere.... cum plurimae leges veteres tum lex Cornelia majestatis, Julia de repetundis planissime vetat.*

(2) *Dig.*, 48, 4, 2 : *qui de provincia, cum ei successum esset, non discessit.* 48, 4, 3 : *qui cum ei in provincia successum esset, exercitum successori non tradidit.*

(3) *Dig.*, 48, 4, 3 (*qui injussu principis*) *dilectum habuerit, exercitum comparaverit.* Paul, 5, 29, 1; Dion, 53, 48.

(4) *St. R.*, 2, 95 [*Dr. publ.*, 3, 109].

(5) *St. R.*, 2, 849 [*Dr. publ.*, 5, 121].

(6) Cicéron, *In Pis.*, 21, 50 (II p. 258 n. 1); *Dig.*, 48, 4, 3: *qui injussu principis bellum gesserit.* Paul, 5, 29, 1. Dion, 54, 3.

(7) *St. R.*, 3, 342 [*Dr. publ.*, 6, 1, 390]. Pour le Sénat, comp. *ibid.*, 3, 1087 [*Dr. publ.*, 7, 294].

(8) *St. R.*, 2, 954 [*Dr. publ.*, 5, 242].

(9) *Dig.*, 48, 4, 4 : *qui confessum in judicio reum et propter hoc in vincula conjectum emiserit.* L'omission du délinquant condamné n'est sans doute

f) Dans la dernière période de l'empire, donner à des constructions publiques son propre nom à l'exclusion de celui de l'empereur (1).

6. Le fait par le magistrat de consigner dans des actes publics des déclarations contraires à la vérité (2).

7. Il est naturel que la violation des obligations religieuses contenues dans les devoirs de la fonction, par exemple le manquement à l'obligation d'accomplir un acte ou de ne pas l'accomplir imposée au magistrat par l'examen des auspices (3) (559) et l'omission d'actes du culte incombant au magistrat comme tel (4), ait pu être traitée comme crime d'État, bien que dans nos sources, malheureusement insuffisantes pour l'époque où elles sont vraiment dignes de foi, de telles accusations n'apparaissent que comme prétextes à des procès politiques.

Délits des prêtres.

8. La même conception ne s'applique que dans une mesure restreinte aux obligations des prêtres; la tendance s'est ici fait jour, d'une part, de ne pas soumettre le sacerdoce aux lois de la magistrature (5), et d'autre part, de ne conférer au sacerdoce aucun pouvoir sur la magistrature (6). Une application plus étendue du contrôle sacerdotal, étant donné surtout que les sacerdoces de la cité étaient régulièrement

---

qu'accidentelle. C'est également le gouverneur de province de l'époque impériale qui est ici visé en première ligne.

(1) *Dig.*, 50, 10, 3, 2. 1, 4. *C. Th.*, 15, 1, 31 = *C. Just.*, 8, 11, 10.

(2) *Dig.*, 48, 4, 2, *qui sciens falsum conscrips[er]it vel recitaverit in tabulis publicis.* Nous parlerons de délits du même genre à propos du *falsum* et du péculat.

(3) Cicéron, *De leg.*, 2, 8, 21, termine l'exposé des droits qui appartiennent à l'augure par ces mots : *quique non paruerit capital esto.* Procès de lèse-majesté pour violation des auspices : *St. R.*, 2, 321, n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 370, n. 1]. Cpr. 1, 116 [1, 132].

(4) Procès de lèse-majesté pour omission d'actes : *St. R.*, 2, 322 n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 371, n. 2].

(5) *St. R.*, 2, 18 [*Dr. publ.*, 3, 19].

(6) Dans les cas exceptionnels où le sacerdoce obtient une certaine puissance sur la magistrature, on fait remarquer que le prêtre l'emporte sur le magistrat (Val. Max., 1, 1, 2 : *religionique summum imperium cessit.* Tite-Live, *Ep.*, 47 : *sacrorumque quam magistratuum jus potentius fuit*). C'est sans doute eu égard à ces cas exceptionnels que Festus dit *Ep.*, p. 126 : *maximus pontifex dicitur, quod maximus rerum quae ad sacra et religionem pertinent judex sit, vindex contumaciae privatorum magistratuumque.*

réunis aux magistratures chez les mêmes personnes, aurait investi les prêtres d'une influence regrettable au point de vue politique. Les manquements aux devoirs sacerdotaux ne sont pas réprimés par les magistrats, mais par le grand Pontife. Celui-ci n'exerce d'ailleurs sa juridiction que sur les prêtres qui lui sont directement soumis. Il intervient principalement contre les flamines et des procédures fréquentes ont eu lieu contre ces derniers, surtout à raison de l'obligation qui incombe aux trois flamines du rang le plus élevé de ne pas quitter Rome plus de deux fois par an et jamais plus de deux jours chaque fois (1). Son pouvoir répressif se manifeste aussi vis-à-vis du *rex sacrorum* (2) et des augures (3). En deça des limites que nous venons d'indiquer, le grand Pontife n'a que la coercition inférieure (I p. 44), mais ses pouvoirs sont élargis grâce à la faculté qui lui appartient en matière d'amendes de dépasser les limites de la coercition et d'engager dans ce
(560) cas un procès pénal en forme, avec possibilité de provocation au peuple (4).

Délits de mandataires publics.

9. On peut assimiler aux devoirs d'une fonction publique toute obligation politico-morale qui incombe à celui qui se charge d'accomplir un acte pour la communauté. Cette règle ne s'applique pas seulement au légat et au sénateur ; les fautes commises dans la surveillance des prisonniers d'État (5) et dans l'entreprise de livraisons pour l'État (6) ont également donné lieu à l'action de perduellion. Toutefois le gouvernement romain ne semble pas s'être aisément décidé à poursuivre par une action criminelle les mandataires de la

(1) Tacite, *Ann.*, 3, 58. 59. 71. Cicéron, *Phil.*, 11, 8, 18. Tite-Live, 19 (= Val. Max., 1, 1, 2). 37, 51. *St. R.*, 2, 57 sv. [*Dr. publ.*, 3, 64 sv.].

(2) Tite-Live 40, 42. Le récit doit être entendu en ce sens que le grand pontife peut nommer le *rex sacrorum*, sans avoir besoin de s'assurer du consentement de l'élu, et qu'on discute ici sur le point de savoir s'il en résulte pour ce dernier l'obligation de se démettre de sa charge laïque.

(3) Festus, p. 343 *Saturno* (*St. R.*, 2, 35 n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 39, n. 1]).

(4) Des procès de ce genre avec provocation sont mentionnés chez Cicéron, *Phil.*, 11, 8, 18. Tite-Live, 37, 51. 40, 42. Festus, *loc. cit.*

(5) Diodore, p. 533; *St. R.*, 2, 323 [*Dr. publ.*, 3, 372].

(6) Tite-Live, 25, 3. *St. R.*, *loc. cit.* [*Dr. publ.*, *loc. cit.*].

puissance publique non revêtus d'une magistrature ; il est vraisemblable que l'État a eu rarement recours à une procédure de ce genre contre les officiers non magistrats (1).

IV. Violation des Devoirs civiques vis-à-vis de l'État.

Plus encore que pour les devoirs des magistrats et des fonctionnaires on peut dire des devoirs du citoyen et, d'une manière générale, de toute personne actuellement soumise à l'autorité de l'État (2), que tout manquement coupable à ces obligations n'exige pas une répression pénale. La désobéissance n'a jamais été traitée comme un crime d'État au même sens que les relations coupables avec l'ennemi. En principe, c'est plutôt par voie de coercition du magistrat qu'on a fait cesser et expier cette insubordination ; seuls les cas graves, pour lesquels les moyens de coercition ne suffisent pas, ont fait l'objet d'une répression pénale. Il n'est toutefois pas possible de déterminer d'une manière positive le champ d'application de la coercition des magistrats et celui de la responsabilité criminelle ; il y a sans doute une série de violations des devoirs civiques pour lesquelles la coercition ne convient pas ou ne suffit pas, mais fréquemment c'est à l'autorité saisie de l'affaire qu'il appartient exclusivement de décider si la contravention doit faire l'objet ou non d'une répression pénale. Notre exposé doit également se restreindre ici à l'indication

Délits civiques.

(561)

(1) Dans l'action capitale tribunitienne, datant de l'époque des guerres contre les Samnites et dirigée contre le tribun militaire M. (C.) Laetorius Mergus à raison d'un *stuprum* auquel il avait voulu amener un soldat sous ses ordres (Val. Max., 6, 1, 11 ; Denys, 16, 8), il faut tenir compte qu'un tel abus de pouvoir eût difficilement fondé à cette époque une action privée et qu'ici cet acte ne pouvait être traité que comme un délit d'officier. Dans le cas du même genre qui doit avoir provoqué en 428/326 l'adoucissement de la servitude pour dettes (Tite-Live, 8, 28. Denys, 16, 9 ; Val. Max., 6, 1, 9 n'est aussi sans doute qu'une variante), Denys ne parle que d'action capitale tribunitienne.

(2) Le terme de devoir civique n'est qu'une expression abrégée. Il s'agit ici du droit qui appartient d'une manière générale à l'État d'exiger l'obéissance, que ce droit s'exerce vis-à-vis du citoyen, d'un sujet de l'empire ou d'un hôte étranger.

des catégories mentionnées dans les lois ou qui apparaissent nettement ailleurs.

Délits militaires. 1. L'obligation de service militaire dans l'active ou dans la réserve est considérée comme le premier de tous les devoirs civiques. Nous avons déjà montré dans le premier Livre que l'application du droit de la guerre avec exclusion de la provocation s'est maintenue plus longtemps et plus rigoureusement au regard de ces devoirs civiques que dans tous les autres cas. Rentrent ici dans le domaine de la provocation les cas suivants:

a) Abstention coupable lors de l'établissement de la liste des personnes tenues du service militaire (I p. 49 n. 3). Ces listes ayant déjà perdu presque toute leur importance militaire vers le milieu de l'époque républicaine, cette prescription ne fut plus guère appliquée pendant cette partie de la période républicaine que nous connaissons le mieux, bien qu'elle occupe encore une place dans les théories juridiques.

b) L'abstention coupable lors de la levée des troupes a été jusque sous l'Empire réprimée suivant les règles de la procédure la plus ancienne de perduellion (I p. 48 n. 3; p. 49 n. 1); mais à l'époque impériale ce mode de répression n'est plus usité qu'exceptionnellement. L'application de la procédure pénale organisée pour les délits civils était vraisemblablement possible dans ce cas; mais nous n'en avons aucun exemple.

c) La désertion coupable du soldat en service a été également punie jusqu'au cours de l'époque historique suivant les règles de la plus ancienne procédure (I p. 48 n. 2); mais on autorise aussi expressément dans ce cas l'exercice de l'action établie par la *lex Julia majestatis* (1). On voit ici d'une manière particulièrement nette que la procédure pénale organi-

(1) Marcien, *Dig.*, 48, 4, 3 : *qui imperium* (lire : *imperatorem*) *exercitumve populi R. deseruerit.* Paul, 5, 29, 1 : *qui deseruerit imperatorem.* Ulpien, 48, 4, 2 : *qui exercitum deseruit.* Ordinairement le déserteur comparaît devant le tribunal martial; dans la dernière période notamment, la peine est d'une extrême rigueur (par ex., *Vita Cassii*, 4; *C. Th.*, 7, 18, 4 = *C. Just.*, 12, 45, 1). Le fait de prêter appui au déserteur est également sévèrement puni pendant la dernière période (*C. Th.*, 7, 18 = *C. Just.*, 12, 45).

sée pour les délits civils n'est applicable qu'aux délits militaires graves. Tout soldat qui s'éloigne du camp sans permission est un *desertor* (1) et encourt une peine d'après le droit de la guerre ; mais l'action de lèse-majesté, qui ignore les multiples peines légères de la coercition du droit de la guerre, n'est pas possible pour les cas de désertion les moins graves. (562)

d) Celui qui, en présence de l'ennemi, a une conduite coupable tombe régulièrement sous le coup de la justice martiale, mais est aussi, dans certains cas, puni d'après la *lex Julia majestatis* (2).

L'insubordination, lorsqu'elle ne s'élève pas jusqu'à la sédition, ne rentre pas dans le droit pénal applicable aux délits civils ; car la procédure du droit de la guerre suffit à la réprimer. Il y a encore d'autres délits militaires, par exemple la tentative de suicide (3) et l'escalade du mur du camp (4), qui n'appartiennent pas non plus au droit pénal applicable aux délits civils.

2. La sédition, *seditio* (5), est l'insubordination, au regard Sédition.

(1) Tite-Live, 23, 18, 16.

(2) *Dig.*, 48, 4, 3 : *qui in bellis cesserit.* Sont punis par le tribunal martial : celui qui abandonne le poste qui lui a été confié (*loco cedere*), celui qui jette ses armes, celui qui s'enfuit par lâcheté. Polybe, 1, 19. 6, 37. Tite-Live, 24, 14, 7. c. 37, 9. Denys, 3, 30. 9, 50. Frontin, *Strat.*, 4, 1, 24. Il est également certain qu'ici la procédure pénale organisée pour les délits civils n'est pas allée aussi loin que la procédure militaire. — Les actions pénales contre des officiers en service, à raison de fautes identiques (*St. R.*, 2, 321 n. 2; p. 323 n. 6 [*Dr. publ.*, 3, 370, n. 2 ; 3, 373, n. 5]), peuvent aussi être considérées comme se fondant sur une violation des devoirs de la fonction.

(3) *Dig.*, 49, 16, 6, 7. La peine est capitale; elle est moindre, lorsqu'il y a une excuse.

(4) Modestin : *Dig.*, 49, 16, 3, 17 : *si vallum quis transcendat aut per murum castra ingrediatur, capite punitur.* Pomponius : *Dig.*, 1, 8, 11 : *si quis violaverit muros, capite punitur sicuti si quis transcendet scalis admotis vel alia qualibet ratione, nam cives Romanos alia quam per portas egredi non licet, cum illud hostile et abominandum sit* (de même, *Inst.*, 2, 1, 10). On cite à l'appui de cette règle la mort de Rémus et Zonaras, 7, 3, termine cette allusion en ces termes : ὅθεν, καὶ ἐνομίσθη τὸν στρατοπέδου τάφρον τολμήσαντα διελθεῖν παρὰ τὰς συνήθεις ὁδοὺς θανατοῦσθαι. Cette règle n'est pas à sa place dans le droit pénal civil, bien que la légende l'y fasse rentrer.

(5) *Sed-itio*, littéralement la faction (Cicéron, *De re p.*, l. VI, p. 843, ed.

des magistrats, d'une foule ameutée (*coetus* (1), *conventus* (2).
(563) Il y a sédition, (3) dès qu'il y a refus d'obéir, même lorsque le magistrat n'est pas à proprement parler violenté (4). A l'époque républicaine, ce délit se présente surtout sous la forme d'une perturbation dans la tenue régulière des *contiones* et des comices présidés par les magistrats; la loi Icilia défendait sous des peines sévères de troubler ainsi les assemblées présidées par les tribuns (5). Toutefois, tout trouble de la paix pu-

---

Halm : *ea dissensio civium, quod seorsum eunt alii ad alios, seditio dicitur*) est un terme politique, qui n'est employé dans le langage courant que pour les dissensions purement privées. Toutefois la ligne de démarcation entre les troubles fomentés contre l'État et ceux qui sont fomentés contre une personne est si ondoyante qu'on ne peut nullement exclure du droit pénal cette seconde catégorie de troubles. Les mots *seditio*, στάσις se rencontrent comme expression caractéristique pour désigner ce délit, en dehors des sources juridiques, chez Tacite, *Ann.*, 1, 72 et Denys, 7, 56.

(1) *Coetus*, littéralement le fait de se réunir (de *co-ire*, comme *coepi* de *co-apere*), est surtout usité dans un mauvais sens. Sénèque, *Contr.*, 3, 8, intitule un exercice de rhétorique sur un procès qui à vrai dire n'est pas romain : *qui coetum et concursum fecerit, capital sit.*

(2) Festus, *Ep.*, p. 41, définit le *conventus* : *multitudo ex compluribus generibus hominum contracta in unum locum.*

(3) Cicéron, *Orat. part.*, 30, 105 : (*majestatem*) *minuit is qui per vim multitudinis rem ad seditionem vocavit.* Mieux chez Ulpien : *Dig.*, 48, 4, 1, 1 : *majestatis crimine... tenetur is cujus opera dolo malo consilium initum erit... quo coetus conventusve fiat* (où les termes généraux reçoivent une portée spéciale par le *dolo malo* qui précède) *hominesve ad seditionem convocentur.* L'élément de l'attroupement est essentiel. Il résulte déjà de la notion de sédition. Sénèque, *Contr.*, 3, 8, insiste sur ce point pour le *coetus* : *coetus multitudinis magnae nomen est coeuntis ex consensu quodam* et Festus (II p. 264 n. 2) fait de même pour le *conventus*. La fixation par le droit positif d'un chiffre minimum, telle qu'on en trouve une pour la *rapina* et telle qu'on tenta du moins d'en faire une pour la *turba* (Labéon : *Dig.*, 47, 8, 4, 3), a été ici omise avec raison. Les troubles provoqués par les associations (par exemple des *juvenes*) peuvent s'aggraver jusqu'au point de devenir une sédition et d'être alors frappés de la peine de mort (*Dig.*, 48, 19, 28, 3).

(4) En cas d'insubordination d'un groupe, le crime de lèse-majesté et celui de violence coïncident fréquemment et les différentes actions ne s'excluent pas l'une l'autre. Toutefois la résistance simplement passive, par exemple le refus de se séparer, peut bien faire l'objet de la première action, mais non de la seconde.

(5) Cette loi, mentionnée par Denys, 7, 17, pour l'année 262/492 comme loi Icilia (si la lecture est exacte), rentre dans les *leges sacratae* (Cicéron, *Pro Sest.*, 37, 79) et appartient aux débuts du tribunat, alors que celui-ci n'était pas encore reconnu comme une charge de la cité ; la véritable ma-

blique peut rentrer dans la notion de sédition (1). Comme circonstances aggravantes de ce délit, il faut mentionner le fait de s'assembler la nuit (2) ou à la suite d'un engagement pris par serment (3), certainement aussi le port d'armes ou de tout ce (564)
qui est assimilé à des armes (4), mais surtout le rassemblement de soldats (5). Abstraction faite des mesures prises pour

---

gistrature ne réclamait pas une prescription de ce genre. Une action de perduellion, qui à vrai dire n'aboutit pas à une condamnation, fut intentée contre un censeur qui dans une *contio* tribunitienne avait fait commander par son appariteur à la foule trop bruyante de se taire (Tite-Live, 43, 16). Nous avons groupé d'autres actions pénales du même genre dans *St. R.*, 2, 289, n. 2 [*Dr. publ.*, 3, 333, n. 1].

(1) La procédure comitiale, intentée en 698 par un édile curule contre Milon à raison de troubles causés par une bande de gladiateurs et qui est le procès comitial le plus tardif que nous connaissions, est qualifiée d'accusation *de vi* (Cicéron, *Pro Sest.*, 44, 95; Asconius, *In Mil.*, 14, 38, p. 95; Dion, 39, 18) et même assimilée à la *quaestio* à raison du même crime (Cicéron, *In Vat.*, 17, 41 : *eodem crimine*). On ne peut pas déduire de là qu'il y a eu dans l'ancien droit criminel une distinction formelle entre la *majestas* et la *vis*, il faut bien plutôt en conclure que cette *vis* doit être considérée comme une catégorie du crime d'État.

(2) Les *coetus nocturni* sont, on le conçoit, souvent mentionnés dans un mauvais sens (Cicéron, *De l. agr.*, 2, 5, 12; Tite-Live 2, 28, 1. 3, 48, 1. 39, 15, 12). Qu'ils aient été prohibés par la loi des XII Tables, puis qu'une loi Gabinia (dont il n'est pas question ailleurs) ait puni de la peine de mort toutes les réunions secrètes (*coitiones clandestinae*), ce sont là des affirmations tout à fait incertaines que nous ne trouvons que dans une déclamation contre Catilina, c. 19, attribuée à tort à Porcius Latro et peut être de date récente.

(3) La règle, d'après laquelle celui *cujus dolo malo jurejurando quis adactus est, quo adversus rem publicam faciat* est puni comme coupable de lèse-majesté (*Dig.*, 48, 4, 4, *pr.* Cpr. *Dig.*, 48, 19, 16, *pr.*), embrasse au moins la *seditio* préparée par conjuration. Du reste, le droit pénal ne connaît pas la *conjuratio* comme telle; mais si celle-ci tend à l'accomplissement d'un crime d'État, elle tombe comme tout autre acte préparatoire du crime sous le coup des peines établies pour ce dernier.

(4) Ulpien, *Dig.*, 48, 4, 1, 1, relève, à côté des paroles citées II p. 264 n. 3 et avant elles, le cas, *quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint conveniantve adversus rem publicam locave occupentur vel templa*. Auguste, dans sa loi, pense en première ligne à la ville de Rome, mais naturellement la règle, d'après son sens, s'applique aussi ailleurs (Dion, 52, 31 *in fine*).

(5) Après la révolte contre les décemvirs, une loi prononça l'amnistie : *ne cui fraudi esset concisse milites aut plebem* (Tite-Live, 3, 53, 4 cpr. c. 54, 14); il en fut de même en l'année 416/338 : *ne cui militum fraudi secessio esset* (Tite-Live, 7, 41, 3). Cicéron, *Pro Cluent.*, 35, 97 : *legionem sollicitatam in Illyrico*. 36, 99 : *in exercitu seditionem esse conflatam*. Ulpien, *loc. cit.*, *qui milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem p. fiat.*

le rétablissement de l'obéissance et de l'ordre en cas de péril couru par l'État et qui ne peuvent être considérées comme des peines au sens juridique du mot, les coupables tombent de plein droit sous le coup de la procédure de perduellion (1). Mais on peut dire de la sédition, comme de la défection des sujets d'une cité confédérée (II p. 245), que la loi ne s'applique pas dans sa pleine rigueur à tous ceux qui ont pris part au crime, mais uniquement en principe aux agitateurs et aux chefs (2). Pour les autres, on se sert non de l'action de lèse-majesté, mais de la procédure pour cause de violence, introduite dans la législation pénale peu de temps après l'époque
(565) de Sylla, c'est-à-dire à raison de ce qu'on appellera plus tard la *vis privata*, sorte de violence dont nous parlerons dans la Sect. IV du présent Livre. — C'est vraisemblablement en matière de sédition que la procédure d'accusation tomba le plus rapidement en désuétude et fut remplacée à l'époque impériale par la procédure de *cognitio* (3).

Autres délits civiques.

3. Celui qui, n'étant pas magistrat, s'approprie le pouvoir d'un magistrat, commet un crime de lèse-majesté (4). Sous

---

Pour le droit de la guerre, Modestin, *Dig.*, 49, 16, 3, 19. 20 : *qui seditionem atrocem militum concitavit, capite punitur*; *si intra vociferationem aut levem querellam seditio mota est, tunc gradu militiae deicitur.*

(1) Dans les nombreux récits relatifs à des troubles publics de l'époque républicaine, il est rarement question d'une procédure pénale formelle. En 542/212, la perturbation violente des comices par tribus a donné lieu contre ceux qui l'avaient fomentée (*singuli qui turbae ac tumultus concitatores fuerant*) à une action capitale tribunitienne, donc à un procès devant les centuries. (Tite-Live, 25, 3. 4).

(2) C'est ce qu'expriment en général les textes précédemment cités : *cujus opera consilium initum erit, qui sollicitaverit*, etc. .. Théodoric dans son Edit, c. 107, *qui auctor seditionis vel in populo vel in exercitu fuerit, incendio concremetur.* Du reste, l'*auctor seditionis* tombe aussi sous le coup de la loi Cornelia sur le meurtre (*Dig.*, 48, 8, 3, 4) et en même temps sous celui de la loi Cornelia *de vi* (*Dig.*, 48, 6, 3, *pr.*).

(3) Paul, 5, 22, 1 = *Dig.*, 48, 19, 38, 2, parmi les délits extraordinaires : *auctores seditionis et tumultus vel concitatores populi pro qualitate dignitatis aut in crucem* (*furcam* au Digeste) *tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur. Dig.*, 1, 12, 1, 12. *Cod.*, 9, 30, 2.

(4) Cicéron, *De inv.*, 2, 13, 56 : *majestatem minuere est aliquid de re publica, cum potestatem non habeas, administrare.* Marcien, *Dig.*, 48, 4, 3 : *qui privatus pro potestate magistratuve quid sciens dolo malo gesserit.* On peut

l'empire de cette conception, on a, au cours de la dernière période, fait rentrer dans la notion de crime de lèse-majesté le délit de fausse monnaie auparavant réprimé comme faux (1) et le fait d'avoir une prison privée (2).

4. La diffusion dans le public d'écrits diffamatoires a trouvé place dans notre exposé parmi les injures qualifiées ; mais, comme nous le montrons à cet endroit, elle a été aussi traitée comme crime d'État. Cela a eu surtout lieu, parce qu'il n'est pas rare que dans ce cas aucune personne ne soit lésée.

5. Peut-être est-il permis pour l'époque primitive de faire rentrer dans notre catégorie le manquement criminel aux devoirs des parents, des enfants et des époux. Toutefois des doutes s'élèvent sur le point de savoir, si les *sacrationes* que les lois royales prononcent contre les enfants coupables d'infliger des mauvais traitements à leurs parents (3) ou contre les époux qui vendent la femme en leur puissance (4), doivent être considérées comme des sentences uniquement religieuses dont l'exécution est confiée aux dieux, ou si la *sacratio* est ici un terme qui désigne la procédure devant les magistrats et les comices. En faveur de cette dernière conception, on peut invoquer l'analogie du rapport de patronat, dont nous allons parler immédiatement. S'il y a eu une instance (566)
quelconque pour ces délits en général, il ne peut être question que de la procédure publique ; car l'action privée d'injure est exclue par le lien de subordination et la *sacratio* est également étrangère au délit privé.

également faire rentrer dans cette catégorie la peine capitale qui frappe l'esclave coupable d'avoir usurpé par surprise une charge de la cité (Dion, 48, 34; *Cod.*, 10, 33, 2; *St. R.*, 1, 484 [*Dr. publ.*, 2, 131]).

(1) Nous y reviendrons à propos du faux.

(2) Théodose Ier : *C. Th.*, 9, 11, 1. *C. Just.*, 9, 5.

(3) Festus, p. 230 *v. plorare : si parentem puer verberit, est olle plorassit, puer divis parentum sacer esto... si nurus, sacra divis parentum estod.* Le fait que la *sacratio* se fonde non sur les coups, mais sur les cris, parle en faveur d'une répression judiciaire ; le fait suffit pour la divinité, tandis que la procédure de la preuve exige dans l'ancien droit que le fait punissable se soit manifesté extérieurement par des actes significatifs.

(4) Plutarque, *Rom.*, 22 : τὸν ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς.

6. On peut avec plus de certitude encore, mais seulement pour l'époque préhistorique, faire rentrer dans cette catégorie la violation criminelle des devoirs du patronat. Tandis que le membre de la cité, qui jouit de la pleine liberté, poursuit devant le préteur romain par une action délictuelle la répression de l'injustice qui lui a été causée, le client n'a pas le droit de citer son patron en justice à raison du tort que celui-ci a commis contre lui; pour que le client ne soit pas privé de toute protection juridique, il faut admettre qu'on a appliqué ici le droit pénal public et que le magistrat a été autorisé à ouvrir la procédure de perduellion contre le patron (1). Si la règle seule est mentionnée et si nous ne trouvons aucune trace de son application pratique, cela s'explique par ce fait que la clientèle est à l'époque historique une institution vieillie et presque disparue (2).

7. D'après la loi agraire proposée par César, non seulement tout citoyen devait jurer d'observer la loi sous peine d'encourir un préjudice juridique quelconque, comme cela a d'ailleurs eu lieu dans d'autres cas, mais celui qui refusait de prêter ce

---

(1) Denys, 2, 10 (d'après lui, Plutarque, *Rom.*. 13) cite cette règle comme une loi de Romulus : εἰ δέ τις (d'après le contexte non seulement le patron, mais aussi le client) ἐξελεγχθείη τούτων (des devoirs réciproques) τι διαπραττόμενος, ἔνοχος ἦν τῷ νόμῳ τῆς προδοσίας (c'est-à-dire *perduellionis*, Cpr. II p. 236 n. 2) ὅν ἐκύρωσεν ὁ Ῥωμύλος, τὸν δὲ ἁλόντα τῷ βουλομένῳ κτείνειν ὅσιον ἦν ὡς θῦμα τοῦ καταχθονίου Διός. Servius, dans son commentaire des paroles de Virgile, *Aen.*, 6, 609 : *fraus innexa clienti* indique cette règle vraisemblablement par erreur comme une prescription de la loi des XII Tables et la rapporte en ces termes : *patronus si clienti fraudem fecerit* (ajoutez *Diti patri* d'après Denys) *sacer esto*. On vise ici (τὸν ἁλόντα) nettement l'action de perduellion et la confusion habituelle entre l'exécution capitale publique et la mise hors la loi ne change rien à la chose. Le droit pour le patron d'adresser une plainte au magistrat contre son client est écarté par la formule latine de cette règle et n'a été mentionné que par méprise dans le texte de Denys; il faudrait plutôt admettre que la juridiction domestique du patron s'est étendue autrefois aux délits du client. — En tout cas, si le client a eu le droit de formuler une plainte au magistrat contre le patron, cette faculté n'a pas dû lui appartenir pour obtenir l'accomplissement des obligations du patron qui rentrent plutôt dans le domaine des devoirs d'affection, mais pour lui permettre de se défendre contre les mauvais traitements.

(2) *St. R.*, 3, 82 [*Dr. publ.*, 6, 1, 91].

serment était, en outre, menacé de la peine capitale (1). Cette disposition ne peut être comprise que comme faisant (567) rentrer ce refus dans la perduellion.

8. Les discours injurieux et d'une manière générale les discours antipatriotiques contre la cité comme telle restent impunis parce qu'ils n'atteignent aucune personne (I 84 p.). La seule procédure pénale contraire à cette règle que nous connaissions, l'action édilicienne d'amende ouverte contre Claudia, sœur du consul de 505/249, à raison de discours antipatriotiques qu'elle avait tenus, paraît devoir se rattacher d'une manière irrégulière au pouvoir de coercition de l'édile (I p. 59 n. 1).

V. Violation des Devoirs Religieux des Citoyens.

Délits de religion de l'époque païenne.

Dans une organisation politique, où la garde des choses sacrées de la cité était traitée comme une charge publique (2), où c'était une obligation d'accepter non les magistratures, mais les sacerdoces (3), où l'on étendait l'application de la discipline domestique au citoyen libre toutes les fois que la religion d'État y était intéressée (I p. 20), l'accomplissement des devoirs religieux était primitivement aussi rigoureusement exigé et sanctionné par le droit pénal que l'observation des devoirs civiques. Mais les documents nous donnent peu de renseignements à cet égard pour l'époque historique du peuple romain et les quelques informations de cet ordre qui ont dû être consignées dans nos sources juridiques lors du rétablissement formel de la vieille religion nationale sous la monarchie (4) en ont été éliminées pendant la dernière période

(1) Appien, *B. c.*, 2, 12; cpr. Plutarque, *Cat. min.*, 32. *St. R.*, 3, 362 [*Dr. publ.*, 6, 1, 415].

(2) *St. R.*, 2, 62 [*Dr. publ.*, 3, 71].

(3) *St. R.*, 2, 25, n. 5 [*Dr. publ.*, 3, 27, n. 6].

(4) Si Auguste insiste sur les *laesae religiones* à propos de l'action de lèse-majesté (II p. 293 n. 1), cela tient certainement à la situation particulière qu'il donna à sa personne et à sa famille au point de vue religieux (II p. 289 n. 1).

par la nouvelle religion d'État. Les lois chrétiennes de ce genre sont, prises dans leur ensemble, très différentes des anciennes et feront pour cette raison l'objet d'un exposé distinct dans la prochaine Section ; ici, nous ne relevons que les règles qui, parmi les débris du paganisme, nous paraissent dignes d'être mentionnées au point de vue du droit pénal.

1. Celui qui, sans y être autorisé, dévoile le contenu du livre des oracles sybillins, dont la consultation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un ordre de l'État, encourt la peine capitale (1).

(568) 2. La garde des sanctuaires publics rentre en général dans les obligations des magistrats ; lorsque par exception elle incombe à des particuliers et que ce devoir est négligé, il y a, d'après Caton, un crime capital (2).

Actes cultuels obligatoires.

3. La religion nationale romaine n'a pas, du moins à l'époque pour laquelle nous sommes suffisamment renseignés, d'actes réguliers du culte obligatoires pour le citoyen (3). Lorsque César eût été déifié après sa mort et qu'on ordonna, sous menace de la peine capitale, à tout citoyen de fêter l'anniversaire de la naissance du grand dictateur, il n'y eut là qu'une mesure violente de la réaction monarchique (4). Mais les municipali-

---

(1) On peut le déduire de la légende de l'époque royale (Denys, 4, 62 ; Zonaras, 7, 11 ; Val. Max., 1, 1, 13, où il faut peut-être lire *librum secreta Sibyllae sacrorum continentem* au lieu de *librum secretarium civilium sacrorum continentem*. Le fait que la peine est celle du *parricidium* ne permet pas de déterminer comment ce délit est traité en droit. Mais on peut se demander s'il est considéré comme perduellion ou si, à l'exclusion de la provocation aux comices, il est traité à l'instar des violations du droit international (I p. 50) pour lesquelles la provocation aux comices est également exclue ; le transfert de ce récit paradigmatique dans l'époque royale parle en faveur de cette dernière conjecture.

(2) Dans le discours censorial contre C. Veturius chez Festus p. 344 : *quod tu quod in te fuit sacra stata sollemnia capite sancta deseruisti*. C. Licinius Macer intenta un procès contre C. Rabirius pour violation de sépultures (*loci religiosi*) et de bois sacrés (*luci*), mais l'accusé fut acquitté par les jurés (Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 2, 7). Le texte ne dit pas de quelle *quaestio* il s'agit. Cpr. *St R.*, 3, 19 [*Dr. publ.*, 6, 1, 20].

(3) Nous ignorons maintenant comment les choses ont pu se passer à l'époque où le mariage religieux, la *confarreatio*, était la forme ordinaire du mariage civil.

(4) Dion, 47, 18 : νομοθετήσαντες τοὺς μὲν ἄλλους τοὺς ἀμηλήσαντας αὐτῶν

tés de Syrie et d'Asie Mineure ont, du moins dans différents cas particuliers, imposé aux citoyens l'obligation d'offrir des sacrifices aux dieux (1) et le gouvernement d'empire lui-même, dans les dernières et plus énergiques tentatives faites pour réprimer le christianisme naissant, posa des prescriptions du même genre. L'empereur Décius exigea en 250 de tout citoyen de l'État romain qu'il sacrifiât aux dieux de l'ancienne croyance et qu'un certificat officiel constatât l'accomplissement de ce devoir (2) ; on procéda de même pendant les persécutions (569) chrétiennes de l'époque de Dioclétien et de Constantin (3).

(des anniversaires) ἐπαράτους τῷ τε Διὶ καὶ αὐτῷ ἐκείνῳ εἶναι, τοὺς δὲ δὴ βουλευτὰς τούς τε υἱεῖς σφῶν πέντε καὶ εἴκοσι μυριάδας δραχμῶν ὀφλισκάνειν. Le fait qu'à côté de la peine de mort applicable à tous, on établit une amende pécuniaire pour certaines personnes, prouve nettement que la première de ces sanctions n'était qu'un vain mot.

(1) Après la destruction de Jérusalem les habitants d'Antioche, supposant que les privilèges juifs avaient disparu du même coup, contraignirent les Juifs de leur ville à sacrifier aux dieux, comme l'exigeait le culte hellénique, et tous ceux qui refusèrent de le faire furent brûlés (Josèphe, *B. Jud.*, 7. 3, 3).

(2) Cyprien, *Ep.*, 30, 3. 55, 14. 67, 6. Deux certificats conçus d'après le même formulaire et trouvés récemment en Égypte (Krebs, *Sitz. Ber. der Berl. Akademie*, 1893, p. 1007; Wessely, *Anzeigen der Wiener Akademie*, 1894, p. 1) ont éclairé cette procédure. Dans chaque localité une commission spéciale est établie pour ces sacrifices (οἱ ἐπὶ τῶν θυσιῶν ᾑρημένοι ἐπὶ κώμης dans ces deux certificats ; *quinque primores illi qui edicto nuper magistratibus fuerant copulati* chez Cyprien, *Ep.*, 43, 3) ; c'est devant cette commission que le particulier offre son sacrifice ; il lui adresse ensuite un libelle (*libellus*), dans lequel il déclare qu'il honore toujours les dieux, qu'il vient de leur offrir un sacrifice et de leur faire des dons et (vraisemblablement) qu'il a consommé de la viande du sacrifice ; la commission certifie ensuite la véracité de ces déclarations. — L'Édit de Maximin, rapporté par Eusèbe, *Mart. Pal.*, 9, 2, qui semble avoir reproduit en partie littéralement celui de Décius, aggrave encore ces mesures en contraignant les personnes qui fréquentent les marchés et les bains publics à « se souiller » au sens chrétien du mot.

(3) Dioclétien se borna tout d'abord à exiger de ses fonctionnaires et de ses soldats qu'ils sacrifiassent aux dieux et à congédier ceux d'entre eux qui refusaient de le faire (Lactance, *De morte persecut.*, 10). Les exigences furent plus grandes dans la suite ; ce que nous avons de plus précis à cet égard, est le récit que nous fait Eusèbe, *De mart. Pal.*, 4, 8, de la conduite de Maximin en Orient : ὡς ἄν πανδημεὶ πάντες ἀπαξαπλῶς μετ' ἐπιμελείας καὶ σπούδης τῶν κατα πόλεις ἀρχόντων θύοιτειν.... καὶ πρὸς τούτοις ὀνομαστὶ χιλιάρχων ἀπὸ γραφῆς ἕκαστον ἀνακαλουμένων. 9, 2 : ὡς ἄν.... πανδημεὶ πάντας ἄνδρας ἅμα γυναιξὶ καὶ οἰκέταις καὶ αὐτοῖς ὑπομαζίοις παισὶ θύειν καὶ σπένδειν.

Fautes contre la religion nationale et la religion d'empire.

4. La langue latine n'a pas pour désigner les fautes contre la croyance romaine de terme usité et technique. L'expression de Tertullien : *crimen laesae Romanae religionis* est exacte, mais n'est pas couramment employée ; le second terme, employé par Tertullien, à savoir *sacrilegium*, est courant, mais n'est pas exact, car ce mot, d'après l'étymologie et d'après l'usage ordinaire du langage, désigne le vol commis au regard d'un temple (1). Toutefois, malgré l'absence d'expression caractéristique, (570) la notion elle-même se rencontre certainement en droit pénal romain et nous devons exposer ici les règles juridiques qui s'appliquent en cette matière ou du moins nous devons indiquer les idées directrices du droit romain à cet égard.

a) La religion romaine et d'une manière générale les reli-

---

(1) Tertullien dans l'*Apologeticum* (et presque dans les mêmes termes : *Adv. nationes*, 1, 17; cpr. *Ad Scap.*, 2) distingue dans le refus de serment des chrétiens une double impiété qui leur est imputée et qui rentre dans la catégorie des crimes de lèse-majesté : la faute contre la religion romaine (c. 24 : *crimen laesae Romanae religionis* ou *inreligiositatis elogium;* c. 27 : *intentatio laesae divinitatis*) et la faute plus grave contre la majesté impériale (c. 28 : *ventum est ad secundum titulum laesae augustioris majestatis* ; même c., *secundum sacrilegium* ; c. 35 : *in hac religione secundae majestatis*). De même le passage du c. 10 : *sacrilegii et majestatis rei convenimur* exprime la même distinction qu'il formule encore plus loin en opposant l'un à l'autre le *sacrilegium* plus grave et le *sacrilegium* moins grave. Le refus de la part des chrétiens de prêter le serment ou d'offrir le sacrifice qu'on exige d'eux (Pline, *Ad Traj.*, 96 : *cum... deos appellarent et imagini tuae, quam propter hoc jusseram cum simulacris numinum adferri, ture ac vino supplicarent*) renferme un double crime de lèse-majesté ; car la divinité et la dignité impériale vont toujours de pair, sans se confondre. A vrai dire, on peut ne concevoir cet acte que comme un seul crime ; en effet, l'empereur ou plutôt le génie de l'empereur apparait ici comme une des divinités romaines et il n'y a pas en droit multiplicité de crimes parce qu'on a refusé à plusieurs divinités en même temps l'hommage qui leur est dû. Le fondement juridique des procès des chrétiens n'est exprimé nulle part d'une manière aussi nette que chez Tertullien ; mais les récits que nous possédons et notamment aussi les peines qui furent infligées correspondent parfaitement aux indications de cet écrivain. Mais le terme de *sacrilegium*, vraisemblablement employé par Tertullien pour rendre l'ἀθεότης qui n'a pas son équivalent en latin, est non seulement contraire à l'étymologie, puisqu'on y fait abstraction de la seconde partie du mot; il est aussi en opposition avec l'usage du langage, tel que nous l'exposerons dans la Section du vol.

gions de l'antiquité sont intimement unies à l'État. A chaque collectivité politique, qu'elle soit un État particulier ou une confédération de peuples plus ou moins unis en droit, correspond une catégorie de citoyens et aussi une catégorie de divinités. La croyance du citoyen romain aux divinités nationales est plutôt un fait naturel que le résultat d'un ordre; les anciennes lois n'ont, suivant toute apparence, tenu aucun compte du manque de foi et y ont d'autant moins attaché des conséquences juridiques que, comme nous l'avons déjà fait remarquer, l'État n'exigeait la manifestation de cette croyance qu'à certaines occasions. D'autre part, les divinités romaines ne forment pas plus que le peuple romain un groupe rigoureusement fermé : non seulement les divinités étrangères peuvent être reçues au nombre des divinités nationales, de même que les étrangers peuvent devenir citoyens romains; mais on laisse également subsister à côté des divinités romaines les divinités étrangères, notamment celles des cités unies à Rome. Cette large tolérance de la République en matière religieuse a eu pour cause et pour effet l'hégémonie de Rome (1). L'attitude passive de l'État romain vis-à-vis des actes de la religion nationale et l'exercice d'une simple surveillance de police sur les cultes étrangers, reçus à Rome ou non, appartiennent aux maximes immuables de l'administration romaine. Celles-ci ne furent pas moins fidèlement observées pendant les premiers siècles de la monarchie qu'elles l'avaient été à l'époque républicaine.

b) Une autre conséquence de cette même tolérance fut la transformation dans la pratique des divinités romaines officiellement reconnues en divinités de l'empire. La reconnaissance de ces divinités par les cités plus ou moins dépendantes de Rome ne portant aucun préjudice au culte des divinités pro- (571)

(1) Lors des poursuites contre les juifs et les chrétiens, les municipalités furent toujours à la tête du mouvement de persécution et le gouvernement central fut ordinairement plus opprimé qu'oppresseur. Cpr. Josèphe, *Contra Ap.*, 2, 6, *Ant.*, 16, 2, 4; Minucius Félix, *Octav.*, 6; Athénagoras, *Supplic.*, 1 et ailleurs.

pres à ces cités et d'autre part l'union éternelle de ces dernières avec Rome et l'hégémonie de la capitale rendant cette reconnaissance au moins très naturelle, celle-ci semble avoir eu lieu de bonne heure et s'être produite en principe dans tout l'empire.

Les conséquences juridiques qui en résultaient ne peuvent avoir eu dans l'ensemble qu'un caractère facultatif, étant donnée l'organisation religieuse de l'empire romain : d'une part, le non citoyen put être admis à l'accomplissement d'actes du culte romain ; d'autre part, le culte des divinités romaines put être permis dans des cités sujettes. Il n'y eut peut-être d'exception que pour le cas où une autorité romaine réclamait un serment d'un non citoyen. De bonne heure, dans l'administration de la justice, il parut pratiquement opportun d'appliquer au non citoyen la formule de serment usitée pour le citoyen (1). Plus tard, lorsque sous la monarchie l'armée romaine fut composée pour moitié de non citoyens, il n'y eut nécessairement qu'un serment général pour tous les soldats. Les dieux de la nation romaine étant aussi, comme tels, dieux de l'empire romain et ayant dans toutes les cités dépendant de Rome leur place à côté des divinités locales et même avant elles, la transformation de la religion nationale romaine en religion d'empire semble n'avoir trouvé en général dans les autres religions nationales aucune résistance fondamentale (2).

Le Judaïsme.

c) Il y eut une exception pour ceux qui appartenaient à la religion juive. Le peuple juif a également fait autrefois de son Jahwé une divinité nationale. Mais dans la religion juive postérieure à l'exil, — et c'est avec celle-là seulement que les

---

(1) Cette règle est exprimée, de la manière la plus nette et manifestement par rapport au serment, dans les actes du martyre de Cyprien, évêque de Carthage (p. ex. Hartel) : *imperatores.. praeceperunt eos, qui Romanam religionem non colunt, debere Romanas caerimonias recognoscere.*

(2) Cela apparaît très nettement dans les actes du procès intenté sous Valérien contre l'évêque Germanus et conservés par Eusèbe, *H. e.*, 7, 119. Lorsque ce dernier eût fait valoir que c'était pour lui un devoir de conscience d'honorer le Christ, l'enquêteur lui répondit avec beaucoup de bienveillance : τὶς ὑμᾶς κωλύει καὶ τοῦτον, εἴπερ ἐστὶ θεός, μετὰ τῶν κατὰ φύσιν θεῶν προσκυνεῖν, θεοὺς γὰρ σέβειν εκελεύσθητε καὶ θεοὺς οὓς πάντες ἴσασιν.

Romains ont été en contact — le monothéisme national a pris un caractère international et Jahwé est devenu une divinité universelle, commandant à tous les peuples de la terre, reconnue et honorée en première ligne par le peuple juif, mais capable d'exiger à certains moments que tous les autres peuples — les ἔθνη, les païens — lui rendissent également hommage. Cette conception religieuse, dépourvue de tout idéa- (372)
lisme et tout à fait terrestre, a non seulement engendré le prosélytisme juif, mais a aussi donné naissance à la haine des juifs contre les « gentils » et en retour à celle des « gentils » contre les juifs (1). Pour le juif, Jupiter Capitolin n'est pas, comme pour les autres nations, une divinité étrangère ; pour lui il n'est même pas un dieu ; c'est pourquoi les Romains et les Grecs considèrent le juif comme un contempteur des dieux (2). Néanmoins, sous la République et au début de l'Empire, les juifs ont été traités, à notre connaissance, conformément aux lois générales romaines. Il n'y eut, au point de vue romain, de droit particulier pour les juifs que depuis le jour où Vespasien eût dissous la communauté juive, et encore ce droit spécial consista-t-il uniquement en ce que les Romains laissèrent aux juifs leur religion propre, bien que d'après la conception romaine qui ne reconnaissait pas d'autres confessions que les religions nationales, le judaïsme eût dû disparaître après la dissolution de l'État juif. Sans doute, le culte juif subit des restrictions essentielles par suite de la suppression

(1) Wellhausen, *Israelitische und jüdische Geschichte*, p. 166 et suiv. 180.

(2) Pline, *n. h.*, 13, 4, 46 : *Judaea gens contumeliis numinum insignis.* Tacite, *Hist.*, 5, 5 : *nec quicquam prius imbuuntur* (les prosélytes juifs) *quam contemnere deos.* Juvénal 14, 100 : *Romanas soliti contemnere leges.* Josèphe, *Contra Ap.*, 2, 6 : *quomodo, si sunt cives, eosdem deos quos Alexandrini non colunt ?* Les romains considèrent bien les juifs comme des contempteurs des dieux, mais non de la divinité (Tacite, *Hist.*, 5, 5 : *Judaei mente sola unumque numen intellegunt*). Lorsque Dion parle des ἄθεοι, il pense vraisemblablement aux chrétiens ; il en est ainsi dans le récit de Dion, 67, 14 (cpr. Schürer, *Gesch. des jüd. Volkes*, 2, 563) : ἐπήχθη δὲ ἀμφοῖν (à Flavius Clemens et à son épouse Domitilla) ἔγκλημα ἀθεότητος, ὑφ' ἧς καὶ ἄλλοι ἐς τὰ τῶν Ἰουδαίων ἤθη ἐξοκέλλοντες πολλοὶ κατεδικάσθησαν. De même, lorsque Dion, 52, 36, indique comme un devoir pour ceux qui gouvernent de faire disparaître les ἄθεοι et les γόητες, il pense surtout aux chrétiens.

du centre qu'il avait à Jérusalem, mais les Juifs conservèrent, malgré la disparition de toute organisation politique, le droit de former des associations religieuses et d'avoir des temples et des prêtres (1). Le droit romain n'a jamais traité les juifs avec moins d'égards que les autres sujets de l'empire romain. Mais les conséquences importantes engendrées par l'absence pour les juifs de toute communauté politique (2) et, en outre, l'attitude religieuse des juifs qui les tint à l'écart des
(573) tribunaux ordinaires et de l'armée furent des causes qui accusèrent davantage encore la distinction entre les juifs et les autres sujets de l'empire résultant de la différence de race et de condition sociale. Maints usages propres aux juifs, comme le sabbat, le serment (3), la circoncision ont pu non seulement scandaliser et mécontenter, mais ils ont pu aussi provoquer des collisions avec les autorités romaines. Toutefois, nous n'avons pas connaissance qu'il y ait eu à cet égard des conflits proprements dits et la tolérance systématique du gouvernement romain a dû écarter autant que possible toute difficulté de ce genre avec les juifs. A vrai dire, la situation juridique spéciale, dans laquelle nous trouvons plus tard les juifs, remonte certainement quant à ses traits principaux à l'époque païenne et a simplement, après la dissolution de la communauté juive, perdu son caractère national pour revêtir un caractère religieux (4).

---

(1) C'est la *religio licita* des juifs (Tertullien, *Apol.*, 21). Les Athéniens, les Antiochiens et tous les habitants des communautés politiques reconnues des Romains jouissent des mêmes droits; mais pour ces personnes il y a là une conséquence du droit politique, de la notion d'État qui se trouve à la base de toute organisation municipale.

(2) Comme *incola*, le juif peut cependant parvenir aux charges de la cité où il a son domicile (*Dig.*, 50, 2, 3, 3). Si la concession générale du droit de cité romaine faite au début du IIIe siècle s'est restreinte aux citoyens des différentes cités, elle ne s'est pas étendue aux juifs.

(3) On ne nous dit pas si les autorités romaines, lorsqu'un juif devait prêter serment, tenaient compte de la religion de ce dernier.

(4) Cpr. mon article sur le crime religieux d'après le droit romain dans l'*Hist. Ztschr.* de Sybel, 64 (1890), p. 421 et sv. Après Vespasien, les juifs, d'après la terminologie romaine, sont *peregrini dediticii nullius civitatis cives*; leur privilège religieux est donc personnel, mais héréditaire.

d) La tolérance avait cependant des limites. Le citoyen de Rome et même de toute cité de l'empire ne pouvait pas, en même temps, être juif et continuer d'appartenir à sa cité, il ne pouvait pas reconnaître tout à la fois les dieux de sa patrie et le dieu des juifs : l'apostasie de la religion nationale, que n'impliquait pas le polythéisme, constituait au contraire, au regard du monothéisme juif, le délit que Tertullien nomme *crimen laesae religionis*. Il a fallu longtemps pour que les Romains se rendissent compte que Jahwé était un dieu très jaloux et très différent des autres divinités nationales ; sans cela, nous aurions quelque trace de cette conception et nous trouverions au moins une expression latine pour désigner l'apostasie nationale. En pratique, le conflit des principes s'est manifesté de deux manières : d'abord, lorsque des juifs sont parvenus à la cité romaine ; en second lieu, lorsqu'un citoyen romain a passé à la religion juive. Les Romains se sont vraisemblablement montrés tolérants dans le premier cas, au moins lorsque c'était par donation que le juif obtenait le droit de cité romaine ou un autre droit de cité dans l'empire ; l'élévation de rang ne pouvait pas être traitée en même temps (574)
comme délit et on n'a pas dû tenir compte ici de l'incompatibilité formelle entre le rang social et la religion. Mais lorsqu'un juif devient esclave romain par captivité ou d'une autre façon et acquiert ensuite le droit de cité romaine par affranchissement, le conflit précédemment indiqué se pose d'une manière plus aiguë. Celui-ci a abouti sous Tibère à l'incorporation de ces personnes dans l'armée romaine et à leur envoi en Sardaigne (1) ; mais à vrai dire il n'y a pas là de procédure pénale proprement dite. — L'antinomie est encore plus grave, lorsqu'au lieu d'un juif devenu citoyen romain et conservant sa religion nous avons à faire à un citoyen romain qui passe

(1) Nous avons exposé dans l'article de l'*Hist. Ztschr.* p. 407, que l'expulsion des juifs hors de Rome qui eut lieu sous Tibère (Philon, *leg. ad Gai.*, 23, 24. Tacite, *Ann.*, 2, 85. Suétone, *Tib.* 36. Josèphe, *Ant.*, 18, 3, 5) visait principalement ceux qui avaient obtenu le droit de cité et se restreignait peut-être même à eux.

au judaïsme. Malgré toute l'indulgence de l'époque en matière religieuse, on a déjà sous la République réagi contre le prosélytisme ardent des juifs (1) et la restauration purement externe, mais très accentuée de la religion d'État, qui se lie à l'avénement du Principat, a conduit dès le début à réprimer comme crime capital l'apostasie du citoyen romain qui passe au judaïsme (2). Le même principe a dû s'appliquer à tout citoyen d'un municipe qui passait au judaïsme ; celui-ci reniait aussi de la même manière la foi de sa patrie. La peine frappait naturellement le convertisseur à côté du converti et avant lui.

(575) Le Christianisme.

e) Si le juif, comme nous l'avons fait remarquer, avait le droit de réclamer et obtenait une large tolérance pour son propre culte, la confession du christianisme était par elle-même un crime de lèse-majesté de l'espèce la plus grave, elle était une perduellion (3). Plus catégoriquement encore que le Dieu

---

(1) Les juifs furent pour cette raison expulsés de Rome en 615/139 par le préteur pérégrin (Val. Max., 1, 3, 3).

(2) La première défense expresse de passer au judaïsme, dont il soit fait mention, émane de Septime Sévère (*Vita*, 17 : *Judaeos fieri sub gravi poena vetuit*) ; mais cet acte était certainement réprimé au criminel depuis longtemps. Nous savons qu'il y eut des procès capitaux pour cause d'apostasie nationale sous Tibère contre une romaine de distinction (Josèphe, *loc. cit.*), sous Néron contre Pomponia Graecina au tribunal domestique (Tacite, *Ann.*, 13, 32, à cause de la *superstitio externa* de cette femme), sous Domitien contre Flavius Clemens et son épouse (II p. 275 n. 2). Nous ne savons pas si dans ces affaires l'apostasie nationale consistait à embrasser le judaïsme ou le christianisme ; cette seconde hypothèse est au moins plus vraisemblable pour la troisième affaire. Le fait que Domitien soumet à l'impôt des juifs ceux qui sans appartenir à cette nationalité vivent d'après le rite juif (Suétone, *Dom.*, 12) n'est pas aisément conciliable avec l'application que l'on fait ordinairement de la peine capitale au romain qui se convertit au judaïsme. — La répression de la circoncision comme délit, qui a lieu depuis Hadrien, n'a, directement du moins, rien de commun avec l'apostasie, elle fait tomber cet acte comme castration sous le coup de la loi relative au meurtre ; c'est d'ailleurs là un point sur lequel nous reviendrons plus loin (V. Liv. IV, Sect. III, 3.). Nous parlerons dans la prochaine Section de la conversion des chrétiens au judaïsme pour l'époque où le christianisme est devenu religion d'État.

(3) Tertullien (II p. 272 n. 1) n'est pas le seul à prouver que les procès contre les chrétiens rentraient en droit dans la catégorie des crimes d'État graves. Le citoyen romain qui reniait sa religion nationale ne pouvait, au point de vue du droit pénal, être considéré que comme un

des juifs, le Dieu des chrétiens n'avait pas de nation et ne souffrait aucune autre divinité à côté de lui; la communauté des chrétiens n'avait même jamais été une communauté politique et le chrétien était nécessairement un apostat du polythéisme. Ce ne sont pas les juifs, mais bien les chrétiens qui sont regardés par les païens comme des athées, ἄθεοι (1). Il est par conséquent logique de considérer et de punir comme un aveu de crime de lèse-majesté la déclaration faite devant le tribunal qu'on appartient au christianisme (2). Cette règle s'applique également au citoyen romain comme au non ci- (576)

---

ennemi de la patrie. *Nec Romani habemur*, dit Tertullien, *Apol.*, 24, *qui non Romanorum deum colimus*; les païens nous appellent, dit Lactance, *De mort. pers.*, 11, *inimicos deorum et hostes religionis publicae*. Le terme d'*hostis publicus* qui est caractéristique pour désigner la perduellion est souvent (Tertullien, *Apol.*, 2 et ailleurs) employé contre les chrétiens et n'est pas une simple taquinerie à leur égard. Ulpien a dû traiter le délit de christianisme à propos de l'action de lèse-majesté; du moins, le livre 7 *de officio proconsulis* dans lequel il réunissait tous les rescrits impériaux ayant trait à cette matière (Lactance, *Inst.*, 5, 11, 19) embrassait aussi le délit de christianisme.

(1) Les adversaires des chrétiens les appellent toujours des ἄθεοι et leurs apologistes (Justin, *Apol.*, 1, 6; Athénagoras, *Suppl.*, c. 4; Clément, *Strom.*, 7, 1, 4 et ailleurs) les défendent contre ce reproche. On conçoit aisément que le fait de ne pas professer la religion nationale paraisse aux adversaires des chrétiens être de l'athéisme. Mais les jurisconsultes romains n'ont pas méconnu que cette expression malveillante (*convicium vestrum*, ainsi que la nomme Arnobe, 1, 29), empruntée aux écrivains des écoles grecques de philosophie, était aussi peu applicable aux chrétiens qu'aux juifs (Justin, *loc. cit.*, : καὶ ἄθεοι κεκλήμεθα· καὶ ὁμολογοῦμεν τῶν τοιούτων νομιζομένων θεῶν ἄθεοι εἶναι, ἀλλ' οὐχὶ τοῦ ἀληθεστάτου et tous de même). En droit pénal, on ne trouve aucune trace d'une confusion entre les négateurs des dieux et les négateurs de Dieu. Justinien (*Cod.*, 1, 5, 12, 3) appelle les manichéens des athées.

(2) Pline, *Ad Traj.*, 96 écrit déjà : *haesitavi... nomen ipsum* (*Christiani*), *si flagitiis careat, an flagitia cohaerentia nomini puniantur*. Cpr. apôtre Jean, *Apocal.*, 20, 4. Hermas (sous Hadrien ou Antonin le Pieux), *Simil.*, 9, 28, parle de même de la passion διὰ τὸ ὄνομα. Justin, *Apol.*, 1, 11 : ὡς καὶ ἐκ τοῦ ἀνεταζομένους ὑφ' ὑμῶν ὁμολογεῖν εἶναι χριστιανοὺς γινώσκοντες τῷ ὁμολογοῦντι θάνατον τὴν ζημίαν κεῖσθαι φαίνεται. Les écrivains postérieurs s'expriment de la même manière. C'est ce que montrent également les actes des martyrs dignes de foi, par exemple le procès de l'évêque Polycarpe de Smyrne chez Eusèbe, *H. e.*, 4, 15, 21. 23, où le héraut crie trois fois : Πολύκαρπος ὡμολόγησεν ἑαυτὸν χριστιανὸν εἶναι et le procès des chrétiens lyonnais chez Eusèbe, *H. e.*, 5, 1, 20 : πρὸς πάντα τὰ ἐπηρωτωμένα ἀπεκρίνατο τῇ Ῥωμαικῇ φωνῇ χριστιανός εἰμι.

toyen ; chez l'un comme chez l'autre, on trouve l'apostasie de la religion d'empire (1), et la peine est quant au principal la même dans les deux cas, bien qu'elle soit plus rigoureuse contre le citoyen romain (2).

Le Manichéisme. *f*) La religion nationale romaine ne frappait pas seulement les religions monothéistes qui s'adressaient à l'univers entier et se déclaraient indépendantes de l'État, elle se tournait aussi contre la conception dualiste de l'église mondiale, contre le manichéisme. Cette religion fondée par le perse Mani vers le milieu du IIIe siècle ap. J.-C. fut aussi énergiquement combattue que le christianisme par le dernier et le plus violent représentant de l'antique croyance romaine et la répression eut lieu dans les deux cas pour la même raison de principe, c'est-à-dire à raison de l'apostasie qu'implique l'adhésion à l'une ou l'autre de ces deux religions (3) ; les peines encou-

---

(1) Lorsqu'on parle de l'apostasie du non citoyen, on ne pense pas à l'abandon de la religion de sa cité, mais à l'abandon de la religion d'empire. Sous Commode, le proconsul d'Afrique dit aux martyrs scillitains (II p. 79 n. 4), qui d'après leur nom sont indubitablement des non citoyens, que les citoyens romains sont également pieux et prêtent serment au nom du dieu impérial et qu'ils peuvent bien en faire autant. Cette conjecture doit également être admise pour cette autre raison que si l'on faisait de la question religieuse une question municipale, les différentes cités auraient pu permettre l'apostasie, à la rigueur la commettre elles-mêmes, ce qui n'a certainement pas été le cas.

(2) Pline (*Ep.*, 96), qui est appelé sous Trajan, en sa qualité de gouverneur de province, à rendre la justice dans les procès contre les chrétiens de la Bithynie et du Pont, applique lui-même la peine de mort aux non citoyens (*perseverantes duci jussi*) et envoie les accusés citoyens romains à Rome comme n'étant pas soumis à sa compétence. Dans le procès contre les chrétiens lyonnais sous Marc-Aurèle (Eusèbe, 5, 1, 47), les citoyens romains sont décapités après consultation préalable de l'empereur (I p. 285 n. 4), les non citoyens sont exécutés dans l'arène.

(3) La remarque faite par Dioclétien dans sa constitution (*Coll.*, 15, 3, 1, citée au début de la Novelle 17 de Valentinien III) que le manichéisme est né dans la vieille patrie de la magie et l'insertion de cette constitution dans la compilation grégorienne sous la rubrique *de maleficis et manichaeis* rendent très vraisemblable la conjecture d'après laquelle la proscription des manichéens aurait eu tout d'abord pour point de départ les pratiques magiques qu'on leur imputait ; celles-ci ont joué ici au point de vue juridique un rôle encore plus grand que l'incendie et l'infanticide dans les poursuites contre les chrétiens. Néanmoins le manichéisme a été rangé parmi les crimes d'État et non comme la magie dans le meur-

rues furent les mêmes dans les deux cas (1). Lorsque plus tard le monothéisme fût devenu lui-même religion d'État, il continua la guerre contre le manichéisme avec la même apreté que l'avait fait le polithéisme romain; c'est là un point sur lequel nous reviendrons dans la Section prochaine.

g) Il ne reste plus que peu de chose à dire au point de vue (577)
juridique sur l'aspotasie du paganisme. La faculté qui appartient en général au magistrat, en cas de crime d'État, de recourir à la coercition administrative ou à la procédure de droit pénal n'apparaît nulle part aussi nettement que dans l'attitude des autorités vis-à-vis des chrétiens : celle-ci varie complètement suivant les tendances du gouvernement et même suivant celles de chaque magistrat (2). En droit, l'apostasie fonde la procédure d'accusation; en fait elle est, surtout par suite de l'aveu qui est ici habituel, ordinairement réprimée par la procédure de *cognitio* sur le fondement d'une dénonciation. L'initiative du magistrat ne s'est ici manifestée qu'à titre exceptionnel (3); par contre, la réception de dénonciations de ce genre n'a été qu'exceptionnellement interdite en fait aux tribunaux et l'a été encore plus rarement d'une manière formelle (4). Lorsque l'apostasie se présente comme un délit de

---

tre par empoisonnement, car il a été dans la suite complètement traité comme hérésie.

(1) Elle furent, d'après la constitution de Dioclétien, la mort par le feu pour les chefs de cette religion, les travaux forcés dans les mines pour les simples fidèles d'un rang élevé et la décapitation pour les adhérents d'un rang inférieur.

(2) Nous l'avons exposé plus longuement aux p. 398 et sv. de notre article cité II p. 276 n. 4.

(3) Trajan à Pline, *Ep.*, 97 : *conquirendi non sunt; si deferantur et arguantur, puniendi sunt.* Les enquêtes contre les chrétiens, qui, contrairement à ce principe, ont été assez fréquemment ordonnées par les gouverneurs de province ou les autorités municipales ont été mentionnées à propos du service de sûreté (I p. 362-367) On connaît les poursuites spéciales exercées contre les détenteurs de livres chrétiens pendant la persécution de Dioclétien et qui s'expliquent aussi en partie comme mesures de répression contre la magie. Toutefois le gouvernement païen a montré à cet égard plus de mesure que ne l'a fait l'État chrétien, notamment dans ses poursuites contre les hérétiques (cpr. la Section suivante).

(4) L'empereur Hadrien est celui qui est allé le plus loin en ce sens,

masse, la peine, comme au cas de sédition, n'atteint pas exclusivement les chefs, mais les frappe de préférence (1). L'ab-
(578) sence de punition, lorsque l'accusé revient sur son apostasie, est un adoucissement qui a lieu régulièrement en cas de délit d'opinion et de délit commis en masse (2). Le serment prêté au nom des dieux et le sacrifice qui leur est offert ne jouent un rôle dans ces procès qu'autant qu'ils ont coutume d'être exigés comme affirmation de leur orthodoxie de la part de ceux qui, accusés d'apostasie, repoussent cette accusation ou reviennent sur leur apostasie (3). Nous avons déjà fait remarquer (II p. 251)

---

lorsqu'il ordonna au proconsul d'Asie (Justin, *Apol.*, 1, 68) de n'admettre les accusations contre les chrétiens qu'autant qu'elles se fondaient sur d'autres délits que celui de christianisme — et par conséquent de les rejeter, si elles ne reposaient que sur une accusation de lèse-majesté (*si quis accusat et probat adversum leges quicquam agere memoratos homines, pro meritis peccatorum etiam supplicia statues*) et lorsqu'il recommandait en outre d'avoir aussi recours dans ces cas à la procédure de *calumnia*. On a procédé en fait de cette manière sous de nombreux gouvernements.

(1) La constitution de l'empereur Valérien de 258 sur la punition des chrétiens de la capitale (Cyprien, *Ep.*, 80) ordonne l'exécution immédiate de l'évêque (Sixte II) et des prêtres et des diacres ; prononce la perte de rang et la confiscation du patrimoine contre toutes les personnes de distinction (*senatores, egregii, equites Romani*) et même la peine capitale, lorsque ces personnes persistent dans leur foi, le retrait du pécule et la condamnation au travail servile dans les fers contre les esclaves impériaux, la confiscation du patrimoine et le bannissement contre les femmes. De même, la persécution de Dioclétien atteignit surtout les clercs (Lactance, *De mort. pers.*, 15). On peut faire abstraction des autres preuves.

(2) II p. 119. A la question de Pline (*Ep.*, 96) : *haesitavi... detur paenitentiae venia an ei qui omnino Christianus fuit desisse non prosit*, Trajan répond (*Ep.*, 97) : *puniendi sunt ita... ut qui negaverit se Christianum esse idque re ipsa manifestum fecerit, id est supplicando diis nostris, quamvis suspectus in praeteritum, veniam ex paenitentia impetret.* Marc-Aurèle dispose de même d'après Eusèbe, *H. e.*, 5, 1, 47, et on procède généralement ainsi ; l'abandon de la nouvelle religion est même encore permis après la sentence (Origène, *contra Celsum*, 2, 13, Actes des martyrs scillitains II p. 119 n. 1). On a moins pour but de punir les chrétiens que de les amener à abandonner leur religion.

(3) Trajan (n. 2). Dans les actes des martyrs scillitains de 180 (II p. 79 n. 4), qui nous rapportent vraisemblablement le premier procès capital de ce genre en Afrique, procès auquel pense aussi Tertullien, *Apol.*, 32, ces chrétiens ne refusent pas seulement de sacrifier aux dieux, mais ils refusent même auparavant de jurer par le génie (ainsi s'exprime le texte latin, tandis que le texte grec parle d'εὐδαιμονία) de l'empereur.

que dans les dernières et plus énergiques tentatives faites pour réprimer le christianisme ces deux actes ont été généralement exigés.

Mesures de police contre les abus religieux.

5. Le culte d'autres dieux que les dieux indigènes de Rome ou adoptés par l'État n'était pas, d'après les explications précédemment données, considéré comme un délit, mais il n'y avait là aucun obstacle à ce que certaines formes étrangères de religion fussent désapprouvées au point de vue moral et politique (1) et des mesures ont été assez souvent prises sous la République et à l'époque impériale contre la superstition étrangère (*superstitio externa*), notamment contre le culte égyptien particulièrement choquant pour les occidentaux et qui précisément pour cette raison attirait spécialement ces derniers (2). Mais ces mesures ont exclusivement un caractère (579) de police : on interdit l'exercice public de ces pratiques, on supprime autels et chapelles, on chasse les étrangers, les moyens de coercition reçoivent leur pleine application ; mais comme la profession d'une croyance étrangère ne renferme pas en soi la négation de la religion romaine, cette question n'intéresse pas le juge répressif. On ne trouve qu'une exception apparente à cette règle dans la conduite du gouvernement de la République en 568/186 vis-à-vis du culte de Bacchus ; les associations relatives à ce culte furent considérées comme un danger public et firent l'objet de mesures restrictives ; les nom-

---

(1) Cicéron, *De leg.*, 2, 8, 19 : *separatim nemo habessit deos neve novos neve advenas nisi publice adscitos.* Tite-Live, 4, 30, 11 : *ne qui nisi Romani dii neve quo alio more quam patrio colerentur.*

(2) Les mesures répressives de ce genre qui sont relatées soit pour les années 324/430 (Tite-Live, 4, 30), 542/212 (Tite-Live, 25, 1. 7, 5), 615/139 (Val. Max., 1, 3, 2) de la République, soit pour le culte d'Isis à la fin de la République et au début de l'Empire (Tertullien, *Ad nat.*, 1, 10. *Apol.*, 6 ; Val. Max., 1, 3, 4 ; Dion, 40, 47. 42, 26. 53, 2. 54, 6 ; Josèphe, 18, 3, 4 ; Arnobe, 2, 73 ; Tacite, *Ann.*, 2, 85 ; Suétone, *Tib.*, 36), et toutes celles du même genre, certainement beaucoup plus nombreuses, que les historiens n'ont pas enregistrées, se réduisent à des prescriptions des édiles curules pour débarrasser les lieux publics ou tout au moins le Forum et le Capitole de pratiques cultuelles choquantes et à l'expulsion des étrangers par le préteur pérégrin ; elles sont donc uniquement des mesures de police. Il n'est nulle part question à ce propos de procès criminels.

breux délits qu'elles provoquèrent furent réprimés avec toute la rigueur de la loi, vraisemblablement au regard des citoyens comme au regard des non citoyens; mais dans cette répression la profession de la religion étrangère ne fut jamais traitée comme un délit, il en fut seulement question en tant qu'elle était une occasion de délits. D'ailleurs, pendant la dernière période de l'Empire, la préoccupation de maintenir plus rigoureusement la religion d'État fit également sentir son influence en ce sens. A l'époque postérieure à Septime Sévère, on fait non seulement un devoir à l'empereur d'honorer les dieux à la manière des ancêtres, mais on lui impose aussi de réprouver et de punir toute déviation des pratiques anciennes (1). En conséquence, les ouvrages juridiques traitent comme un crime capital l'introduction de nouvelles divinités et de nouvelles pratiques cultuelles (2).

6. La notion de l'*injuria* du droit privé n'a pas été plus étendue aux dieux qu'à l'État. La profanation malveillante d'un temple ou la perturbation d'un acte religieux sont des troubles de l'ordre public et donnent lieu à ce titre à une répression et à une action pénale; nous ignorons s'il y a eu des prescriptions légales particulières à cet égard; en tout cas, s'il en a existé de telles, elles ont dû viser exclusivement l'offense
(580) faite à l'État. Le droit pénal romain ne connaît pas d'offense commise vis-à-vis de la divinité par des paroles ou par des écrits; ce n'est pas seulement une parole d'orgueil, mais aussi une règle juridique, que le soin de punir celui qui offense la divi-

(1) Dion, 52, 36, dans le discours de Mécène à Auguste : τὸ μὲν θεῖον πάντως αὐτός τε σεβοῦ κατὰ τὰ πάτρια καὶ τοὺς ἄλλους τιμᾶν ἀνάγκαζε· τοὺς δὲ δὴ ξενίζοντάς τι περὶ αὐτὸ καὶ μισεῖ καὶ κόλαζε. Cpr. II p. 275 n. 1.

(2) Paul, 5, 21, 2 : *qui novas sectas vel ratione incognitas religiones inducunt, ex quibus animi hominum moveantur, honestiores deportantur, humiliores capite puniuntur.* Modestin, *Dig.*, 48, 19, 30 : *si quis aliquid fecerit, quo leves hominum animi superstitione numinis terre[re]ntur, divus Marcus hujusmodi homines in insulam relegari rescripsit.* Le motif inséré dans ce texte montre que le fondateur de la religion était puni comme un fauteur de troubles. C'est pour cette raison que cette disposition ne rentre pas dans la matière des crimes de lèse-majesté, mais appartient comme la *seditio* (II p 266 n. 3) aux crimes extraordinaires.

nité appartient à celle-ci et non pas à l'État (1). Les chrétiens ont largement rendu aux dieux de leurs contradicteurs les outrages dont ils furent l'objet ; mais jamais cette liberté d'injurier ne fut restreinte par une censure (2).

VI. Atteinte à la personne des magistrats de la cité.

Toute atteinte à la personne qui, dirigée contre un particulier, fonde l'action publique de meurtre ou l'action privée d'injure, est traitée et punie comme crime d'État, lorsqu'elle est commise contre un magistrat. Sont réprimés à ce titre les délits suivants :

1. Le magistrat du peuple romain étant inviolable en droit (*lege*) (3), le meurtre de ce magistrat, qu'il ait été consommé ou même simplement tenté, a toujours été (4) et est encore, à

---

(1) Cicéron, *De leg.*, 2, 8, 19 : *pietatem adhibento... qui secus faxit, deus ipse vindex erit* et ensuite c. 10, 25 : *non judex, sed deus ipse vindex constituitur*. Par conséquent aussi, *ibid.*, 2, 9, 22 : *perjurii poena divina exitium, humana dedecus*. La belle parole de Tibère que Tacite nous rapporte *Ann.*, 1, 73 (Cpr. Dion, 57, 8) : *deorum injuriae diis curae*, n'a pas été, il est vrai, tenue dans la suite par cet empereur lui-même. (Dion, 57, 9). L'empereur Marc Aurèle (chez Eusèbe, *H. e.*, 4, 13) écrit dans le même sens, non sans ironie, aux décurions d'Asie, ennemis des chrétiens, que les dieux s'offenseront certainement encore plus qu'eux du manque de foi des chrétiens, mais que lui, empereur, ne trouve aucune raison d'intervenir. Alexandre Sévère dit aussi et Justinien répète (*Cod.*, 4, 1, 2, cpr. 9, 8, 2) : *juris jurandi contempta religio satis deum ultorem habet*.

(2) Tertullien, *Apol.*, 46.

(3) L'opposition entre l'inviolabilité du magistrat patricien *lege*, c'est-à-dire en vertu de la constitution de l'État romain, et l'inviolabilité du quasi-magistrat plébéien *religione*, c'est-à-dire à raison de la constitution révolutionnaire de la plèbe confirmée à vrai dire par un serment (II p. 252 n. 1), est traitée dans le bel exposé que nous trouvons chez Tite-Live, 3, 55, et qui est l'un des rares fragments que nous possédons des écrits des théoriciens romains du droit public (*juris interpretes*). Il n'est nullement requis pour l'inviolabilité *lege* qu'elle soit formulée par une loi écrite, le fait qu'on s'est efforcé d'introduire par interprétation l'inviolabilité du consul dans la loi consulaire de 305/449 (Tite-Live, 3, 55, 11) exclut plutôt cette exigence. Les nouveaux magistrats ordinaires ou extraordinaires jouissent, à raison de leur qualité même de magistrats, de l'inviolabilité légale. Cpr. mes explications dans *St. R.*, 2, 287 [*Dr. publ.*, 3, 330].

(4) Denys, 4, 42, fait remonter l'inviolabilité jusqu'au roi.

(581) Attentats contre la vie des magistrats patriciens ou plébéens.

l'époque impériale (1), un cas de perduellion de l'espèce la plus grave. La dignité de la charge n'a qu'une importance secondaire ; toutefois l'inviolabilité ne porte pas préjudice à la hiérarchie des magistrats, le questeur est aussi inviolable que le consul, mais n'est pas protégé vis-à-vis de ce dernier. Par contre, cet accroissement de protection juridique ne profite pas aux simples particuliers, même s'ils s'occupent d'affaires publiques, comme les légats, les soldats, les quasi-magistrats chevaliers de l'époque impériale. Ce ne fut que pendant la dernière période que cette règle de l'inviolabilité fut étendue aux fonctionnaires impériaux de la nouvelle constitution (2).

2. Lors de la constitution de la plèbe, ses chefs ont été déclarés par plébiscite et serment (*religione*) inviolables, ou, comme on dit ici, sacrosaints, et ce caractère leur fut reconnu dans la suite par la loi (3). Lorsque la puissance tribunitienne eût acquis la suprématie sur l'*imperium* du magistrat, l'idée d'inviolabilité s'attacha spécialement dans l'opinion commune à la charge de tribun de la plèbe, bien que cette inviolabilité fût indépendante de la hiérarchie des magistrats et fût accordée non seulement aux tribuns, mais aussi aux édiles de la plèbe (4) et même aux décemvirs qui occupaient le der-

---

(1) *Lex Julia*, *Dig.*, 48, 4, 1, 1 : *cujus opera consilio malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi Romani quive imperium potestatemve habet, occidatur.* Cette loi embrasse donc tous les magistrats et tous les promagistrats (proconsuls, propréteurs, proquesteurs. *St. R.*, 1, 22 sv. [*Dr. publ.*, 1, 24 et sv.]).

(2) Arcadius, *C. Th.*, 9, 14, 3 = *C. Just.*, 9, 8, 5, fait rentrer dans la catégorie des crimes de lèse-majesté le meurtre des membres du conseil d'État (*qui consiliis et consistorio nostro intersunt*), des sénateurs et des fonctionnaires en général (*quilibet qui nobis militat*).

(3) Nous avons déjà parlé II p. 285 n. 3 de la position sacrosainte ou inviolabilité *religione* (II p. 252 n. 3) que la plèbe donna à ses chefs lors de sa constitution. La confirmation légale de ce privilège eut lieu par la loi consulaire de 305/449, *ut qui tribunis plebis, aedilibus, judicibus decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset* (Tite-Live, 3, 55, 7).

(4) On reconnaît que les édiles de la plèbe ont l'inviolabilité *lege*, mais on discute sur le point de savoir s'ils jouissent de l'inviolabilité ou sacrosainteté *religione*. Le théoricien du droit public, que suit Tite-Live, *loc. cit.*, est pour la négative ; les autres autorités se prononcent unanimement pour l'affirmative (*St. R.*, 2, 472 [*Dr. publ.*, 4, 164]). Elles ont

nier rang des magistratures (1). Ce cas de perduellion se rencontre pour la dernière fois sous le consulat de Cicéron dans une procédure tout d'abord capitale, transformée ensuite en simple procès d'amende et dirigée contre C. Rabirius à la suite du meurtre d'un tribun de la plèbe. (582)

Meurtre de l'empereur.

3. La *lex majestatis* d'Auguste ne vise pas spécialement le meurtre du souverain ou la tentative de meurtre commise contre lui, mais ces délits rentrent naturellement dans la protection des magistrats prévue par cette loi (2). La tentative faite pour dépouiller un magistrat à vie de sa fonction n'est pas davantage traitée par le droit pénal comme un délit indépendant, mais elle rentre certainement aussi parmi les atteintes à la personne. — Les récits de meurtres et de dépositions d'empereurs remplissent les pages de l'histoire, mais on ne peut rien en tirer pour le droit pénal.

Injures au magistrat.

4. Les voies de fait exercées contre un magistrat patricien ou plébéien (3) ou contre l'empereur (4) tombent également sous le coup de la *lex majestatis* (5).

5. Toute autre atteinte à l'honneur du magistrat républicain est ordinairement réprimée par la voie et dans les limites de la

---

vraisemblablement raison; car on a fait valoir en pratique le caractère sacrosaint des édiles de la plèbe (Tite-Live, 29, 20, 11).

(1) Les *judices decemviri* de la loi Horatia (II p. 286 n. 3) sont les *decemviri litibus judicandis* (*St. R.*, 2, 605 [*Dr. publ.*, 4, 315]).

(2) Tacite, *Ann.*, 6, 8 : *insidiae in rem publicam, consilia caedis adversum imperatorem puniantur.* Le *princeps* est compris au nombre des magistrats tant comme détenteur de l'*imperium* que comme détenteur de la puissance tribunitienne (II p. 286 n. 1), il ne jouit pas en droit d'une inviolabilité spéciale (*St. R.*, 2, 753 [*Dr. publ.*, 5, 10]).

(3) On trouve déjà dans la loi constitutive de la plèbe le *tribunum plebis pulsare* (II p. 252 n. 3) et on rencontre fréquemment dans les textes *pulsare* et *verberare* appliqués au tribun (*St. R.*, 2, 286. 298 [*Dr. publ.*, 3, 329. 343]). Sous l'expression *nocere* (II p. 286 n. 3), ce sont les mêmes actes qui sont visés.

(4) L'application de la peine exceptionnelle cesse en droit, lorsque l'offenseur ne reconnaît pas l'empereur comme tel (Dion, 61, 9; Tacite, 13, 25; Suétone, *Ner.*, 26).

(5) Quintilien, 5, 8, 39 : *injuriam fecisti, sed quia magistratui, majestatis actio est.* Donc les notions fondamentales exposées dans les Sections relatives à ces matières servent ici de règles directrices.

coercition (1) ; toutefois l'offensé a aussi, en droit, la faculté de poursuivre les coupables au criminel (2). La même règle s'applique au grand pontife (3). Il y eut même, comme nous l'avons exposé plus haut (II p. 52), pendant le dernier siècle
(583) de la République un cas de ce genre qui fut traité suivant les règles rigoureuses de l'ancienne perduellion, mais cette application stricte du droit était au fond tout à fait injuste.

Injures à l'empereur.

6. Quant aux procès de lèse-majesté provoqués par les outrages à l'empereur on a dit, et peut être pas à tort, qu'ils ont sous certains souverains causé plus de mal que la guerre civile (4). Il ne faut pas perdre de vue que les abus du régime impérial prennent dans les sources une place démesurée et que les jurisconsultes de cette époque ainsi que les constitutions impériales mettent sérieusement en garde contre l'emploi exagéré de cette procédure (5). En droit, l'outrage fait au chef de l'État est déjà désigné expressément au regard du dictateur César (6) comme un crime de lèse-majesté et il en est de même dans la *lex majestatis* d'Auguste (7). En outre, la no-

---

(1) C'est ce que pense Tacite, *Ann.*, 1, 72, où il compare ensemble l'action de lèse-majesté de l'époque républicaine et celle de l'Empire : *facta arguebantur, dicta impune erant.* Les résolutions populaires, en général très vieilles, qui formulent la protection due aux magistrats n'ont en vue que l'injure par voies de faits et cela vraisemblablement sous l'influence de la notion d'*injuria* alors en vigueur en droit privé.

(2) *St. R.*, 2, 298 n. 5 [*Dr. publ.*, 3, 343, n. 5]. Cela ne s'applique pas à l'époque impériale (Gaius, 3, 225).

(3) Tite-Live, *Ep.*, 47 : *Cn. Tremellio praetori multa dicta est, quod cum M. Aemilio Lepido pontifice maximo injuriose contenderat.* Si cette affaire n'était pas venue devant les comices, elle ne serait pas mentionnée dans les annales.

(4) Sénèque, *De benef.*, 3, 26 (cpr. c. 27) : *sub Tiberio Caesare fuit accusandi frequens et poene publica rabies, quae omni civili bello gravius togatam civitatem confecit : excipiebantur ebriorum sermones, simplicitas jocantium.*

(5) Modestin, *Dig.*, 48, 4, 7, 3 : *nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est.* Dans le même sens, Dion, 52, 31, et d'une manière encore plus nette, Théodose I *C. Th.*, 9, 4, 1 = *C. Just.*, 9, 7, 1. Naturellement il ne manque pas d'exceptions raisonnables même aux pires moments (par ex. Tacite, *Ann.*, 6, 5).

(6) Dion, 44, 5 : ὅπως ἄν τις ἢ ἔργῳ ἢ λόγῳ αὐτὸν ὑβρίσῃ, ἱερός τε ᾖ καὶ ἐν τῷ ἄγει ἐνέχηται.

(7) Tacite, *Ann.*, 4, 34 : *neque haec* (écrits diffamatoires) *in principem aut*

tion très souple d'*injuria* a pris une certaine extension au regard de l'empereur, pour partie, parce que la ligne de démarcation entre le manquement aux devoirs civiques et l'offense faite au monarque est souvent faible, pour partie, à raison de la divinité du souverain viager déjà affirmée par Auguste (1). On ne faisait d'ailleurs pas abstraction ici de la vieille règle (584) d'après laquelle l'injure faite aux dieux ne devait pas être punie sur la terre ; car le dieu dont il est ici question était aussi un homme (2). Il n'appartient pas au droit pénal de grouper les conséquences qui se sont dégagées, en fait et le plus souvent par abus, de cette notion (3) ; nous ne devons re-

---

principis parentem, quos lex majestatis amplectitur. Tacite, *Ann.*, 1, 73, se rapporte également à cette régle.

(1) *St. R.*, 2, 755 sv. [*Dr. publ.*, 5, 13 sv.]. Non seulement on déclare impies les discours tenus contre des empereurs défunts (Tacite, *Ann.*, 2, 50 : *si qua de Augusto irreligiose dixisset*), mais toute atteinte à la majesté impériale est une impiété (*verba impia*, Paul, 5, 29, 1 ; *impietas in principem :* Tacite, *Ann.*, 6, 47). L'idée de la divinité de l'empereur vivant gagne du terrain au fur et à mesure que la décadence s'accentue. Firmicus (2, 28), sous Constantin, enseigne que l'empereur seul parmi tous les hommes n'est pas sous la domination des astres ; car *ipse in... deorum numero constitutus est* ; pour cette raison ni l'aruspice ni le généthliaque ne peuvent faire aucune déclaration sur le sort de l'empereur. La conception, plutôt indiquée qu'appliquée au début de l'empire (nettement repoussée par exemple par Tertullien, *Adv. Nat.*, 1, 17) et d'après laquelle l'empereur doit être considéré comme un dieu vivant, est catégoriquement exprimée, mais souvent dans une forme un peu grossière, sous le gouvernement chrétien. *Jurant* (*milites*) dit Vegetius, 2, 5, *per deum et Christum et sanctum spiritum et per majestatem imperatoris... nam imperator cum Augusti nomen accepit, tanquam praesenti et corporali deo est praestanda devotio... deo enim... servit, cum fideliter eum diligit, qui deo regnat auctore.*

(2) II p. 235 n. 1. On proposa sous Tibère, tout d'abord en vain, de traiter l'offense commise contre les dieux comme un délit, lorsqu'elle atteignait le dieu qui était en même temps le père de l'empereur régnant. Cette extension était d'autant plus naturelle que la *lex majestatis* nommait expressément le père de l'empereur (II p. 288 n. 7). Elle est admise d'une manière ferme par le droit postérieur. C'est avec raison que Tertullien *Apol.*, 28, dit : *citius... apud vos per omnes deos quam per unum genium Caesaris pejeratur.*

(3) Rentre, par exemple, parmi ces conséquences l'accusation contre celui qui n'a pas pris part aux fêtes impériales (Tertullien, *Apol.*, 38). En général, il faut tenir compte que la description du caractère de l'accusé prend déjà, à l'époque républicaine, l'extension la plus déplorable dans la procédure criminelle romaine et que tous les actes déloyaux de l'accusé qui, des plaidoiries des avocats, sont passés dans les annales

lever ici que les catégories qui ont acquis une certaine fixité juridique.

a) Le port des insignes réservés au souverain comme tel, comme d'une manière générale toute atteinte aux droits honorifiques de l'empereur, est un crime de lèse-majesté, même s'il n'y a pas là le début d'une révolte contre la puissance impériale. Cette règle se manifeste de la manière la plus frappante pour le vêtement de pourpre, dont non seulement le port, mais même la fabrication, depuis que la production de la pourpre avait été monopolisée par l'empereur, ont donné lieu dans les derniers temps à d'innombrables procès de lèse-majesté (1).

b) La recherche des événements futurs par des moyens surnaturels est punie comme crime de lèse-majesté, surtout lorsqu'elle a quelque connexité avec la succession du souverain (2), mais même d'une manière générale, lorsqu'elle concerne la maison impériale (3).

(par exemple, dans le procès de Thrasea chez Tacite, *Ann.*, 16, 22) ne peuvent pas être considérés comme ayant servi de base juridique à des condamnations pour crime de lèse-majesté.

(1) A la base de toute mesure répressive contre l'emploi du vêtement de pourpre (*C. Th.*, 10, 21, 3 = *C. Just.*, 11, 9, 4 et ailleurs) et de l'encre de pourpre (*sacrum encaustum : Cod.*, 1, 23, 6), il y a toujours le soupçon, souvent peu compréhensible, d'un projet de renversement du souverain. La même procédure s'applique, lorsqu'une personne se sert du bain réservé à l'empereur (Suétone, *Ner.*, 35; Dion, 65, 18) et lorsque des pièces d'or sont frappées à l'effigie d'un particulier (Dion, 79, 4).

(2) Paul, 5, 29, 3 (qui range ce cas parmi les délits extraordinaires à raison des liens qui l'unissent à la simple recherche de l'avenir) : *qui de salute principis vel summa rei publicae* (cpr. Tite-Live, 39, 16, 3) *mathematicos ariolos haruspices vaticinatores consulit, cum eo qui responderit capite punitur.* Tertullien, *Apol.*, 35. Ulpien, *Coll.*, 15, 2, 3. Dans le récit du procès de lèse-majesté contre Libon Drusus en l'an 16 ap. J.-C., que Tite-Live nous donne comme modèle pour cet exercice de la justice, on allègue des motifs de ce genre. (*Ann.*, 2, 30 : *manu Libonis nominibus Caesarum aut senatorum additas atroces vel occultas notas*). De même, Tite-Live, 3, 22 : *quaesitum per Chaldaeos in domum Caesaris.* 4, 52 : *veneficia in principem et devotiones.* 12, 52. 65. 16, 14. *Vita Severi* c. 4 : *quasi de imperio vel vates vel Chaldaeos consuluisset, reus factus.* c. 15 : *multos quasi Chaldaeos aut vates de sua salute consuluissent, interemit, praecipue suspectum unum quemque idoneum imperio.* Ammien, 18, 3, 1-5. 19, 12, 5. 9-12. 29, 1, 7 et suiv.

(3) Si les récits de Tacite, *Ann.*, 12, 22. 16, 30. 31, peuvent être utilisés au point de vue juridique, toute question de ce genre ayant trait à la famille impériale est un délit, mais il faut laisser en suspens la question

c) Si l'insulte faite à l'image d'un particulier est déjà consi- (585)
dérée comme une offense, il en est *a fortiori* de même pour l'empereur, dont la personne réclame encore plus d'égards. C'est surtout lorsqu'elles sont dirigées contre le monarque que ces offenses donnent lieu à de nombreux procès criminels; ceux-ci ont été l'occasion d'abus aussi sots que cruels (1) à tel point que les codes eux-mêmes ont mis en garde contre ces abus et les ont entravés (2). C'est ainsi, par exemple, qu'on a maintes fois tenté et plusieurs fois défendu par sénatusconsulte de chercher à se soustraire à la citation en justice par voie d'appréhension corporelle, en portant sur soi le portrait de l'empereur, ou de se servir du même moyen pour commettre impunément des outrages contre autrui (3). Il faut également tenir compte ici de ce fait que le renversement de l'effigie de l'empereur régnant servait souvent de signal dans les séditions militaires (4).

d) Le refus de jurer par le génie de l'empereur peut, comme nous l'avons vu (II p. 282 n. 3), être tenu pour une manifestation d'apostasie de la religion nationale ; mais il est également possible de le considérer comme un outrage à l'empereur. (586)
Jurer par une personne vivante est un acte qui exprime la dépendance; l'esclave et la personne demi-libre jurent par le

---

de savoir, si c'est comme embûche présumée ou comme outrage à la personne sacrée du souverain. On reproche à Constance d'avoir intenté des procès de magie *adroganter proposito majestatis imminutae miscebat* (Ammien, 28, 1, 11), donc d'avoir soupçonné toute personne qui interrogeait l'avenir de vouloir attenter à la vie de l'empereur.

(1) Mention est faite d'accusations de ce genre, qui auraient été élevées et pour partie aussi admises sous Tibère, par Sénèque, *De Benef.*, 3, 26 ; Tacite, *Ann.*, 1, 73 74. 3, 70 ; Suétone, Tibère, 58 ; Dion, 57, 24 ; Philostrate, dans sa *Vita Apoll.*, 1, 15 — sous Domitien, par Dion, 67, 10 — sous Septime-Sévère dans sa *Vita*, 14 — sous Caracalla, par Dion, 77, 16 ; *Vita*, 5. Les détails des pratiques suivies par les délateurs n'appartiennent pas à la matière ici traitée.

(2) *Dig.*, 48, 4, 4, 1. 1. 5. Cpr. Tacite, *loc. cit.* ; Jean Chrysostome, *De statuis hom.*, 21 (Migne vol. 49, p. 211).

(3) II p. 144 n. 2 Tacite, *Ann.*, 3, 36. *Dig.*, 47, 10, 38 : *senatus consulto cavetur, ne quis imaginem imperatoris in invidiam alterius portaret : et qui contra fecerit, in vincula publica mittetur. Dig.*, 48, 19, 28, 7.

(4) *Dig.*, 48, 4-6. 1. 7, 1.

nom de leur maître et l'introduction du nom du dictateur César et plus tard de celui du souverain régnant dans la formule permanente de serment a été et est demeurée le signe caractéristique de la monarchie (1). Ainsi se justifie ou tout au moins s'explique que les adversaires des chrétiens aient vu dans le refus de jurer par l'empereur un double crime : d'une part, celui d'apostasie de la religion nationale, d'autre part, celui plus grave de révolte contre l'empereur (2).

e) Le serment prêté par le nom du souverain pouvait être traité comme crime de lèse-majesté, lorsqu'il était un faux serment ou lorsqu'il n'était pas tenu (3). Toutefois, à raison de la fréquence de ce serment et par suite de l'introduction du nom du souverain régnant dans la formule officielle de serment, il n'a pas été possible de considérer comme crime capital tout faux serment de ce genre prêté par malice ou par légèreté. Les codes expriment aussi la règle d'après laquelle ce faux serment est un crime de lèse-majesté (4), mais menacent d'une peine correctionnelle tout abus téméraire de ce serment (5).

f) Le droit pénal de l'époque républicaine ne connaît pas

---

(1) *St. R.*, 2, 809 [*Dr. publ.*, 5, 75]. Horace, *Ep.*, 2, 1, 16 : *jurandasque tuum per nomen ponimus aras.*

(2) En agissant ainsi on oubliait ou plutôt on méconnaissait que le refus des chrétiens de prêter serment reposait certainement et exclusivement sur un motif religieux. Il n'y a pas d'exemple que le refus de jurer par l'empereur ait eu une cause politique; il est vrai que l'empereur Caligula se considérait comme offensé, lorsqu'on ne jurait pas par son nom (Suétone, Gaius, 27) et Thrasea doit s'être soustrait (Tacite, *Ann.*, 16, 22) au serment annuel de fidélité (*St. R.*, 2, 792 [*Dr. publ.*, 5, 55]).

(3) Les grands de Rome rompirent les négociations avec Alaric, parce qu'ils s'étaient engagés par serment non pas en prenant Dieu à témoin, mais sur la tête de l'empereur (Zosime, 5, 51; cpr. Sozomène. *Hist. eccl.*, 9, 7), à ne jamais faire la paix avec Alaric.

(4) Alexandre Sévère au *Code Justinien*, 4, 1, 2 (cpr. 9, 8, 2) : *jurisjurandi contempta religio satis deum ultorem habet. Periculum autem corporis vel majestatis crimen secundum constituta divorum parentum meorum, etsi per principis venerationem quodam calore fuerit perjuratum, inferri non placet.*

(5) Ulpien, *Dig.*, 12, 2, 13, 6 : *si quis juraverit in re pecuniaria per genium principis dare se non oportere et pejeraverit vel dari sibi oportere, vel intra certum tempus juraverit se soluturum nec solvit, imperator noster cum patre rescripsit fustibus eum castigandum dimitt*[*i deb*]*ere et ita ei superdici* (de l'exécuteur) : προπετῶς μὴ ὄμνυε.

l'extension à l'épouse et aux enfants du magistrat de la protection spéciale dont jouit celui-ci; mais immédiatement après l'avénement de la monarchie, sous l'influence évidente (587) de la déification des empereurs, on a élargi le champ d'application de la notion de lèse-majesté pour assurer la protection de la famille impériale. C'est ainsi notamment qu'on a puni comme crime de lèse-majesté tout commerce illicite avec des femmes de cette famille (1).

Autorités compétentes pour le procès de lèse-majesté.

Nous devons maintenant, en nous appuyant sur les explications données ailleurs, retracer dans un court aperçu la répression pénale de la perduellion et du crime de lèse-majesté. Elle a lieu sans forme par voie de *coercitio* ou de *cognitio* ou suivant certaines règles procédurales.

Rentrent dans la première procédure :

1. la procédure sommaire du droit de la guerre originaire, telle qu'on l'a appliquée jusqu'au cours de l'époque impériale, même contre le citoyen romain et dans la ville de Rome, notamment en cas de délit commis dans le service (I p. 47);

2. la procédure du même genre tendant à faire infliger la peine capitale ou la confiscation du patrimoine pour offense commise contre le tribun de la plèbe, telle qu'on a du moins tenté de l'appliquer dans des cas isolés (I p. 51.55);

3. le droit martial appliqué, malgré la loi Sempronia, à la fin de la République et sous le Principat en vertu d'un mandat du Sénat (I p. 298 sv.);

4. la procédure de la *cognitio* dans ses autres manifestations diverses (II p. 3 sv.).

---

(1) Tacite, *Ann.*, 3, 24 : (*Augustus*) *adulteros earum* (de sa fille et de sa petite-fille) *morte aut fuga punivit, nam culpam inter viros ac feminas vulgatam gravi nomine laesarum religionum ac violatae majestatis appellando clementiam majorum suasque ipse leges* (la loi sur le mariage qui ne prononce que la relégation et une peine patrimoniale) *egrediebatur*. Dion, 58, 24. On peut rattacher à la juridiction domestique la punition des femmes, mais non celle des hommes, leurs complices. Un adultère de ce genre devait sans nul doute être considéré comme une *injuria* faite au père.

Se déroulent dans des formes légales :

1. le procès devant les duumvirs non permanents du droit pénal originaire, en vigueur sous la constitution patricienne, avec possibilité de la provocation aux comices par centuries (I p. 177). Depuis que ces duumvirs, qui devaient être institués pour chaque procès, ne sont plus nommés arbitrairement par les consuls, mais élus par le peuple, celui-ci peut empêcher dans chaque cas non seulement la condamnation à raison de la perduellion, mais même l'exercice de l'action. La procédure duumvirale a subsisté nominalement à côté de la
(588) *quaestio majestatis* jusqu'à la suppression des tribunaux populaires sous Auguste (1).

2. La procédure pénale tribunitienne avec provocation aux comices par centuries ou au *concilium plebis*. Selon toute apparence, tous les procès pénaux engagés par les tribuns de la plèbe appartiennent à la matière des crimes d'État ; par contre, ceux qui sont intentés par les questeurs et les édiles ne rentrent pas dans ce domaine (I p. 178 sv.). La procédure d'amende tribunitienne et peut-être aussi la procédure capitale tribunitienne (2) ont subsisté jusqu'à la suppression des tribunaux populaires.

3. la procédure d'accusation sur le fondement de la *lex Cornelia* et plus tard de la *lex Julia majestatis*.

4. la procédure de la cour souveraine des consuls et du Sénat sous le Principat.

5. la procédure également souveraine du tribunal impérial et des tribunaux des délégués impériaux.

D'après la pratique suivie sous la République, la procédure de la perduellion n'est pas reprise, lorsque l'assemblée populaire appelée à voter ne parvient pas, par hasard, à émettre ce

---

(1) C'est ce que montre la procédure pénale contre C. Rabirius, engagée comme procès duumviral de perduellion et terminée comme procès tribunitien d'amende.

(2) Nous n'avons pas de preuves qui établissent sa persistance pendant les derniers temps de la République.

vote (1). A l'époque impériale, ce n'est pas exclusivement, mais d'abord et surtout, pour le procès de lèse-majesté qu'on voit apparaître les aggravations de la procédure pénale : notamment l'application de la torture à l'accusé et aux témoins (II p. 82 n. 1) et la permission donnée aux esclaves de déposer contre leur maître (II p. 91 n. 6). Lors des abolitions (II p. 137) et des amnisties (II p. 140) qui ont fréquemment lieu sous le Principat dans toutes les circonstances heureuses, on a coutume d'inscrire en première ligne parmi les délits qui sont exceptés le crime de lèse-majesté (2).

Inégalités de la répression.

Les peines qui frappent le crime d'État présentent autant d'inégalités que ce crime lui-même et dépendent plus encore que pour tous les autres délits de l'arbitraire du tribunal saisi. Lorsque ce crime a été accompagné d'un manquement à un autre devoir, il est non seulement permis, mais (589) même convenable dans de nombreux cas, par exemple dans les fautes contre la religion nationale et dans les offenses faites à l'empereur, de ne pas tenir compte du crime d'État. Même lorsque cette affaire fait l'objet d'une répression pénale, il n'est pas rare qu'elle soit traitée comme une simple infraction et non comme un crime et que la peine appliquée soit faible. Les tribuns de la plèbe, qui furent sous la République les principaux agents de cette procédure politique, ont bien compris que cet instrument de puissance est beaucoup plus efficace si l'on applique des peines modérées que si l'on inflige

---

(1) Le cas s'est présenté lors de l'action pénale intentée contre P. Claudius Pulcher en 505/249 (*Schol. Bob. in Clod. et Cur.*, p. 337; Val. Max., 8, 1, 4; *St. R.*, 3, 357 n. 1. 415 [*Dr. publ.*, 6, 1, 408, n. 5]). Il n'y avait pas de règle législative en ce sens, mais il est vraisemblable qu'en vertu de la coutume la seconde action était en pareil cas écartée par une intercession.

(2) *Dig.*, 48, 20, 3. Il est un des *solita quinque crimina* exceptés (*C. Th.*, 9, 38, 2; *Const. Sirm.*, 7. 8). Toutefois aucune exception n'est faite pour lui dans la constitution de Constantin au *C. Th.*, 9, 38, 1, si le texte est complet.

des peines graves et notamment la peine de mort ; ils ont surtout prononcé des amendes pécuniaires et encore celles-ci ne doivent-elles dans beaucoup de cas être considérées au fond que comme un blâme politique (1). Même sous le Principat, les tribunaux qui n'étaient pas liés par la *lex Julia majestatis* ont prononcé fréquemment des peines relativement faibles (2). Mais à d'autres endroits le crime d'État est désigné comme le plus grave de tous les crimes (II p. 236 n. 2) ; la trahison et le meurtre des magistrats n'ont d'ailleurs pas pu être traités autrement.

Diversité de la répression en cas de perduellion et en cas de crime de lèse-majesté.

L'opposition se manifeste en une certaine mesure dans la dualité d'expressions dont on se sert pour désigner ce crime : l'une, générale, visant le crime d'outrage au peuple romain, *majestatis populi Romani imminutae ;* l'autre comprise dans la première et indiquant le crime plus grave d'hostilité contre la patrie, *perduellionis* (II p. 234 n. 1). La nature du fait punissable ne permet pas de tracer une ligne de démarcation entre ces deux notions. En exposant les éléments du délit, nous avons indiqué les cas désignés dans les sources comme perduellion ; mais on ne peut en dégager une notion générale et positive de la perduellion et il est même difficile qu'il y ait eu une notion de ce genre. Etant donné l'arbitraire régnant en cette matière, l'autorité intéressée semble avoir eu la faculté de traiter le délit comme capital ou non et l'action de perduellion ne semble être que l'action de lèse-majesté avec réquisition de la peine capitale, ce qui est d'autant plus vraisemblable qu'une action qui échoue

---

(1) Dans un récit vraisemblablement paradigmatique, relatif à une amende tribunitienne de ce genre (Tite-Live 2, 52), on ajoute à propos de l'amende la plus ancienne qui soit mentionnée dans les sources et en même temps la plus faible de toutes : *negant tulisse (consulem) ignominiam aegritudinemque, inde morbo absumptum esse.* Il ne faut naturellement pas penser à l'infamie juridique.

(2) C'est ainsi qu'Auguste (Suétone, *Aug.*, 51) frappait d'une peine pécuniaire ou d'un faible bannissement les crimes de lèse-majesté de ce genre. Il est plus souvent question d'une simple relégation pour crime de lèse-majesté. Tacite, *Ann.*, 1, 72. 4, 21 (où la personne reléguée fait plus tard l'objet d'une *interdictio* comme récidiviste). *Dig.*, 48, 19, 24. l. 40.

comme procès de perduellion est reprise comme procès d'a- (590)
mende (1). Les tribunaux qui n'ont pas la juridiction capitale, comme le *consilium plebis* et le jury de la *lex Julia*, ne peuvent donc pas être saisis du procès de perduellion.

La répression des crimes d'État est apparue tout d'abord pour la catégorie la plus grave de ceux-ci, c'est à dire pour la perduellion, et l'organe le plus ancien établi pour en connaître, le tribunal duumviral, n'a très vraisemblablement statué que sur des cas de perduellion; il n'a donc eu que le choix entre l'acquittement et la condamnation à mort. Une répression plus douce, qui fut possible de tout temps par voie de coercition à côté de la punition plus sévère, n'a vraisemblablement été introduite pour la première fois dans la procédure pénale que par les tribuns de la plèbe.

L'espèce la plus grave de ce délit se sépare, quant à ses caractères théoriques, de tous les autres délits par cette particularité que dans la perduellion le coupable passe, par le seul fait du crime lui-même, de la catégorie des citoyens dans celle des ennemis de la patrie (2). Si, comme nous l'avons vu (I p. 298 sv.) on en a déduit que le procès est inutile et si le droit martial est issu de cette règle, il n'y a là à vrai dire qu'une doctrine de parti en contradiction avec le droit (I p. 301); mais même lorsqu'on reste fidèle à la règle expressément sanctionnée par la loi Sempronia et d'après laquelle le procès de perduellion est nécessaire, le jugement qui y est prononcé n'a pas à proprement parler la valeur d'une condamnation, mais bien plutôt celle d'une déclaration, et les conséquences du délit, une fois la sentence rendue, remontent au jour même de l'accomplissement du crime. Ce caractère s'accuse

(1) C'est ce qui eut lieu dans le procès de Rabirius (II p. 294 n. 1). Dans le procès des fournisseurs (I p. 188 n. 3), si, après avoir projeté d'intenter une action d'amende, on engage un procès de perduellion, cela s'explique par la découverte de nouveaux faits délictuels plus graves.

(2) Il en résulte que le *postliminium* est exclu au regard du déserteur (*Dig.*, 4, 6, 14. 49, 15, 19, 4). La perte du droit de cité n'est pas prononcée, elle a lieu au moment même de la désertion et le retour du déserteur ne change rien à sa condition personnelle.

dans ce fait que les conséquences du jugement, dont l'exécution peut ici être poursuivie après la mort du coupable, ne disparaissent pas, comme pour les autres délits et pour le crime moins grave de lèse-majesté, par la mort de cette personne.

Peine du crime d'Etat.

Nous donnons ici un bref aperçu des peines qu'on rencontre à propos du crime d'État; nous en réservons l'exposé détaillé pour le Livre suivant.

(591) 1. Nous avons plusieurs fois relevé que le droit républicain, dans la procédure duumvirale comme dans la procédure tribunitienne soumise à la *provocatio* aux centuries, frappe le crime d'État, en tant que perduellion, de la peine de mort. La suppression de la peine de mort est bien dans la tendance des derniers temps de la République et la *quaestio* établie par Sylla pour le crime de lèse-majesté n'a certainement pas pu prononcer la peine de mort sous la République et elle ne l'a peut-être même pas pu sous le Principat. Mais on n'est jamais arrivé alors à poser le principe que la peine de mort était abolie, parce que la procédure capitale des duumvirs subsistait en droit strict. Sous le Principat, la peine capitale a de nouveau été appliquée en fait tant par les deux tribunaux souverains que par ceux qui reposaient sur une délégation impériale; toutefois pour l'époque d'Auguste, il est seulement fait mention que cet empereur frappait de la peine de mort l'impudicité commise avec les femmes de sa famille (II p. 293 n. 1). Les procès capitaux de lèse-majesté ne deviennent fréquents qu'à partir de Tibère (1) et des condamnations à mort ont été surtout prononcées en cette matière par les tribu-

(1) Tacite, *Ann.*, 4, 70. 6, 18. Suétone, *Tib.*, 58. 61 et ailleurs. La conduite des différents souverains en matière de procès de lèse-majesté n'appartient pas au droit pénal. L'abus de cette procédure a conduit par réaction à d'autres extrémités : à la cassation en masse des condamnations prononcées, à la suppression en masse des instructions ouvertes et même à l'interdiction du procès de lèse-majesté pour l'avenir (Pertinax, *Vit.*, 6). Tibère a lui-même contrevenu par sa conduite postérieure à la sage instruction qu'il avait précédemment donnée (Tacite, *Ann.*, 1, 72 : *exercendas esse leges*).

naux souverains. La peine capitale n'apparaît dans les livres juridiques comme peine ordinaire pour le crime de lèse-majesté qu'à partir du III^e^ siècle, vraisemblablement après des constitutions de Septime Sévère (1). On prescrit fréquemment un mode d'exécution particulièrement rigoureux, notamment la mort par le feu et l'exécution dans une fête populaire ; on ne peut toutefois découvrir de règles fermes à cet égard.

2. La privation de sépulture, la prohibition des manifestations de deuil, l'entachement de la mémoire accompagnent régulièrement l'exécution capitale et sont appliquées avec une rigueur particulière au *perduellis* (2). Ajoutons à cela, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que, même après la mort du coupable, une procédure d'office — une autre forme de procédure n'est guère concevable dans ce but — pouvait être intentée à toute époque pour faire prononcer ces peines accessoires. (592)

3. Le fait même de la perduellion et lui seul parmi tous les délits fait tomber d'office dans le patrimoine de l'État, dès le moment même du crime, le patrimoine de l'ennemi de la patrie, exactement comme s'il s'agissait d'un bien de l'ennemi pris pendant la guerre. Par suite, tous les actes ayant trait au patrimoine et accomplis depuis ce moment par le *perduellis*, notamment les donations et le testament, sont nuls et l'État peut à toute époque, même si le *perduellis* est mort avant l'introduction de la procédure pénale et à la condition d'établir l'existence du délit, réclamer au détenteur le bien en question, non pas naturellement par une action pénale proprement dite, mais en prétendant que ce bien est possédé à tort. Cette confiscation de patrimoine se présente généralement comme accessoire de la peine capitale, en tant que celle-ci n'est pas rendue vaine par la mort du coupable. Cette confiscation ne

(1) Paul, après les paroles citées II p. 300 n. 3 : *nunc humiliores bestiis obiciuntur, honestiores capite puniuntur.* Arcadius, *Cod.*, 9, 8, 5. Justinien, *Inst.*, 4, 18, 3.

(2) La peine de la *perduellio* comprend la prohibition des manifestations de deuil (*Dig.*, 3, 2, 11, 3) et la proscription de la mémoire (*Dig.*, 31, 76, 9).

semble pas avoir été admise comme peine indépendante, abstraction faite de la peine capitale. Il nous faut renvoyer au Livre suivant pour cette conséquence de la perduellion.

4. La procédure tribunitienne, ordinaire en cas de crime de lèse-majesté, consiste à infliger une amende pécuniaire dont le montant est arbitrairement fixé — les différentes condamnations vont de 2000 (1) à 1 million d'as (2) — avec possibilité de la provocation au *concilium plebis*.

5. La peine posée par la *lex Cornelia* et plus tard par la *lex Julia* pour la *quaestio majestatis* était le bannissement (ou, suivant l'expression technique, l'interdiction du toit, de l'eau et du feu) à perpétuité hors de l'Italie (3), avec menace de la peine capitale en cas de rupture de ban (II p. 247). Au début, celui qui était ainsi puni gardait son droit de cité et son patrimoine; mais déjà le dictateur César et plus tard Auguste l'ont privé d'une quote-part ou de la totalité de son patrimoine (4); puis Tibère a ajouté à la confiscation de tout le patrimoine la perte du droit de cité et l'internement à un endroit déterminé, c'est-à-dire la déportation (5) : ce sont là des points
(593) que nous exposerons en détail dans le Livre suivant. — Le jury de la capitale était lié par ces dispositions ; nous avons déjà dit (II p. 296 n. 1) qu'il n'était pas rare que des peines inférieures fussent prononcées.

6. Lorsque le crime d'État se présente comme crime commis en masse, ce qui est fréquemment le cas tant pour sa forme politique que pour sa forme religieuse, le pouvoir répressif est obligé non seulement de procéder à un dosage des peines, ainsi que cela ne se voit pour aucun autre délit, mais il doit encore

---

(1) Tite-Live, 2, 52 (II p. 296 n. 1). Cette somme est encore inférieure au maximum de l'amende de coercition.

(2) Tite-Live, 43, 8, 9. Dion, 47, 18.

(3) *Rhet. ad Her.*, 4, 8, 12 : *ut eum... proturbetis ex civitate.* Paul, 5, 29, 1 : *his antea in perpetuum aqua et igni interdicebatur.* Cpr. II p. 299 n. 1.

(4) Tacite, *Ann.*, 3, 50 : *cedet urbe et bonis amissis aqua et igni arceatur; quod perinde censeo, ac si lege majestatis teneretur.* Cpr. dans le Livre suivant la Section relative à la confiscation de patrimoine.

(5) Tacite, *Ann.*, 3, 38. 4, 42 (avec Jérôme pour cette même année). 6, 18. 12, 29. 14, 48. 16, 12. 35. Dion, 59, 20. 60, 27. 67, 14.

trouver des formes de peine applicables à la généralité des coupables. L'époque préhistorique offrait dans la perte soit de la liberté, soit du droit de cité, des peines appropriées à ces circonstances; il suffit de rappeler les notions de servitude et de plèbe qui en grande partie sont issues d'événements de ce genre. La civilisation postérieure a fait disparaître la privation de liberté en tant que peine frappant un ensemble de personnes; quant à l'exclusion de la communauté des citoyens, elle réapparaît comme peine atteignant un groupe de coupables, pour la première fois, semble t-il, lors des persécutions du III^e^ siècle contre les chrétiens, mais elle s'est alors adaptée à l'état nouveau de la société romaine et s'est présentée sous la forme de l'intestabilité comme une diminution de la capacité du droit privé. Elle fut ensuite appliquée par l'État chrétien à ceux qui n'étaient pas catholiques (1). Nous en traiterons dans la Section du Livre V consacrée à cette peine.

7. Les Romains de la République font ressortir avec un sentiment de légitime orgueil qu'à la différence des Grecs, ils ne vont jamais au delà de la confiscation du patrimoine paternel et ne font pas expier aux enfants et descendants personnellement la faute de leur père (2). Lorsque Sylla, s'écartant de cette estimable coutume, enleva l'éligibilité aux descendants des personnes qu'il avait bannies, l'opposition obtint par César l'abolition de cette mesure (3). On est en général resté fidèle à cette politique sous le Principat (4); les quelques ac- (594)

(1) La peine, *ut... non de injuria, non de adulterio, non de rebus ablatis agere possent* (Lactance, *De mort. persec.*, 13), qui apparaît dans les constitutions de Dioclétien lors de sa persécution contre les chrétiens, conçues peut-être d'après des constitutions du même genre plus anciennes, et la défense de Maximin (chez Eusèbe, *Hist. eccl.*, 9, 10) interdisant littéralement aux chrétiens de séjourner non seulement dans les villes, mais même à un endroit quelconque, pourraient être les débuts de cette forme de peine, dont nous traiterons plus loin à propos de l'hérésie et dans le Livre suivant à propos des peines.

(2) Idée exposée complètement chez Denys, 8, 80, et indiquée aussi chez Cicéron, *De d. n.*, 3, 38.

(3) *St. R.*, 1, 493 [*Dr. publ.*, 2, 142]. Denys, *loc. cit.* Sénèque, *De ira*, 2, 34.

(4) La règle est formulée en termes généraux aux *Dig.*, 48, 19, 20. l. 26 et même par Arcadius *C. Th.*, 9, 40, 18 = *C. Just.*, 9, 47, 22.

tes tyranniques accomplis à l'encontre de cette coutume ne peuvent être considérés que comme des écarts individuels (1). Mais la fameuse constitution, rendue en 397 par l'empereur Arcadius et admise dans la compilation de Justinien, abolit cette règle pour le crime capital de lèse-majesté en frappant de la manière suivante les fils et aussi avec quelques adoucissements les filles de celui qui a été puni à raison d'un tel crime : elle leur laisse la vie mais les exclut de l'armée et des charges publiques et les déclare incapables d'acquérir à cause de mort (2).

---

(1) A cette catégorie appartiennent l'exécution des enfants de Séjan sous Tibère (Tacite, *Ann.*, 5, 9) et les méfaits semblables de Néron (Suétone, *Ner* , 36) et d'autres mauvais souverains.

(2) *C. Th.*, 9, 14, 3 = *C. Just.*, 9, 8, 5. La constitution ne vise que les crimes capitaux de lèse-majesté et peut-être même parmi ceux-ci seulement la trahison et le meurtre de magistrats et de sénateurs. Elle semble ne frapper que les enfants du premier degré.

SECTION II

HÉRÉTIQUES ET NON CHRÉTIENS

Abrogation de la religion nationale.

Lorsque la religion chrétienne eut été pendant des siècles considérée comme l'ennemie de la religion nationale romaine et lorsque le fait de la professer eut été traité comme un crime de lèse-majesté, une constitution des empereurs Constantin et Licinius du 13 Juin 313 abolit la vieille religion nationale et posa le principe de la liberté des religions. Par là, les fidèles du vieux polythéisme sous ses différentes formes, de même que ceux du monothéisme juif ou chrétien, et d'une manière générale les partisans d'un culte quelconque furent mis sur un pied parfait d'égalité au point de vue civique. A vrai dire, nous montrerons plus loin que la liberté des croyances ainsi proclamée subit dès l'origine une restriction essentielle en ce que l'on tolérait tout culte polythéiste, tandis que le christianisme était seulement admis dans la forme approuvée par l'Etat ; en outre, la confession personnelle des différents souverains, particulièrement accusée chez Constance II et chez Julien, suscite, déjà au cours des multiples événements importants du demi-siècle suivant, de nombreuses mesures de faveur et de défaveur au regard des différents cultes et sectes et provoque de fréquentes atteintes à la liberté de croire ; mais cette dernière a du moins subsisté en principe jusqu'à la mort de Valentinien I (375).

Le christianisme religion d'Etat.

La liberté de croire fut expressément supprimée en 379,

lorsque les deux enfants qui succédèrent au dernier représentant en Occident de la vieille égalité des cultes, Gratien et Valentinien II et leur collègue en Orient, Théodose I, proclamèrent le christianisme la seule religion exacte au point de vue des principes et par suite la religion qui aurait dû être uni-
(596) verselle, si elle ne l'était déjà (1). Il devenait ainsi nécessaire, suivant l'évolution déjà préparée par le passé, que l'État, en présence des différents dogmes, déterminât quel était le christianisme « orthodoxe » et « universel ». Ce travail fut réalisé à cette époque non seulement par la fixation des doctrines fondamentales au moyen de brèves formules législatives, mais aussi par une déclaration des empereurs, reconnaissant comme membres de l'Eglise d'Etat un certain nombre d'évêques de marque et les personnes en communion religieuse avec eux (2); désormais la règle se maintint que le gouvernement statuait en dernière instance sur la question d'orthodoxie. Les chefs du clergé chrétien (à leur tête, dans l'empire d'Occident les évêques de Rome, et dans l'empire d'Orient les évêques d'Alexandrie et à côté de ces derniers, depuis le milieu du v^e^ siècle, ceux de la seconde résidence impériale) demeurent les représentants de leur communauté et les réunions générales des évêques de l'Empire donnent aux chrétiens dans l'étendue de celui-ci une constitution représentative qui n'a pas son pendant sur le terrain politique. Mais cette corporation fortement organisée et s'étendant à tout l'Empire, qui constitue l'Eglise d'Etat, a été créée par des constitutions impériales et demeure en droit

---

(1) Cette règle est formulée pour la première fois au regard de l'empire d'Occident dans la constitution de 379 (*C. Th.*, 16, 5, 5 = *C. Just.*, 1, 5, 2) : *omnes vetitae legibus et divinis et imperialibus constitutionibus haereses perpetuo conquiescant.* L'allusion aux constitutions de Valentinien I^er^ contre les Manichéens (II p. 309 n. 1) et contre les anabaptistes (*C. Th.*, 16, 6, 1 ; cpr. II p. 312 n. 1), mais qui n'atteignaient que des sectes isolées, doit avoir pour but de masquer l'innovation de principe qui est réalisée.

(2) Le dogme de la Trinité est formulé d'une manière particulièrement nette tant au point de vue apostolique qu'au point de vue légal (*lex*) dans la constitution de 380 (*C. Th.*, 16, 1, 2) qui sanctionnait en outre officiellement le christianisme que confessaient les évêques Damase de Rome et Pierre d'Alexandrie.

et en fait soumise au pouvoir du monarque. — Les chrétiens abandonnaient ainsi leur vieille indépendance. La lutte contre l'État avait provoqué le groupement des communautés chrétiennes qui avaient ressenti et expérimenté combien la division rend impropre à la résistance et combien au contraire une union étroite fait puissante une opposition. C'est ainsi que s'est établie l'unité de l'Eglise; l'absolutisme impérial a adopté cette organisation et l'a achevée. Certes les chrétiens ont gardé, même après leur triomphe, cette indépendance politique qui avait assuré leur victoire sur le paganisme et que leur donnait une foi sincère ; ils la manifestèrent assez souvent au regard des majorités chrétiennes et plus résolument encore vis-à-vis des dogmes sanctionnés par le gouvernement, lorsqu'on voulait les contraindre à l'obéissance. Seules la réserve (597)
observée en général par le gouvernement vis-à-vis des règles de foi proprement dites et la tolérance de l'autonomie de fait de l'Eglise sur ce terrain ont assuré à l'Eglise d'État romaine sa force et sa durée (1). Mais c'est précisément cette notion d'une église d'État indépendante, qui, malgré ou par la contradiction qui s'y attache, a fixé le sort du monde.

L'Empereur et le gouvernement de l'Eglise.

L'Eglise est, en droit strict, sous la dépendance de l'État. En droit, toutes les décisions des conciles, même dans les matières de foi, sont simplement des avis que le gouvernement émet par l'intermédiaire d'hommes compétents qu'il a convoqués dans ce but; ces avis ne sont obligatoires pour la conscience

(1) Le double fait que les empereurs tranchent en dernier ressort les questions relatives à l'Église d'État, mais qu'ils ne peuvent exercer pleinement ce pouvoir sans s'exposer à le perdre, explique tous les conflits politico-religieux sérieux du Bas-Empire romain, l'arianisme de Constance II et de Valens, l'hénotique de Zénon, etc. La révolte contre ce pouvoir est une obligation religieuse, mais est en même temps une révolution politique. La règle inverse s'applique d'ailleurs également. La décision appartient aux ecclésiastiques dans les questions religieuses, mais ils ne peuvent pas exercer ce pouvoir dans toute son étendue à l'encontre de l'empereur, sans le compromettre. Ils ont du reste montré dans l'exercice de l'autorité religieuse plus de modération que les empereurs dans l'exercice de leur pouvoir politique : jamais un empereur romain n'a été excommunié.

du souverain qu'autant qu'il en reconnaît l'autorité et n'ont de valeur juridique qu'en vertu de la loi impériale qui sanctionne les résolutions de la majorité (1). Comme, à partir de Théodose I et de Gratien, tous les souverains ont professé la foi chrétienne, le christianisme peut à partir de là être qualifié de religion d'État; mais le vrai christianisme, la croyance orthodoxe, est toujours la foi de l'empereur du jour (2). Ce christianisme politique a été le dernier et suprême accroissement de l'absolutisme monarchique et n'a pas été le plus faible des moyens de gouvernement par lesquels l'Empire en décadence a maintenu sous sa domination les nations diverses qu'il embrassait; l'Eglise d'État romaine s'est maintenue en théorie et en pratique aussi longtemps que l'Empire romain a subsisté (3). Il était réservé aux époques postérieures de
(598) l'histoire de mettre la totalité des évêques ou chaque évêque en particulier hors de la puissance de l'État.

Il ne s'agit ici que des conséquences qui ont été le résultat en droit pénal de la reconnaissance d'une nouvelle religion d'État, c'est-à-dire du transfert pur et simple ou avec modifications, au christianisme, des mesures de protection prises en faveur de la vieille religion nationale.

Vol au regard des temples.

La notion de vol, fixée tout d'abord pour le droit privé, ayant reçu une importance plus grande en droit pénal par son

---

(1) I p. 341. C'est ainsi par exemple que les décisions du concile de Chalcédoine deviennent lois par la constitution de Valentinien III et de Marcien. *Cod.*, 1, 5, 8.

(2) Constance répondait déjà aux représentants de l'orthodoxie nicéenne, lorsqu'ils protestaient contre ses propositions de changement ὅπερ ἐγὼ βούλομαι, τοῦτο κανὼν νομιζέσθω (Athanase, *Hist. Arianorum ad monachos* c. 33).

(3) Il n'y a pas d'expression qui ait mis plus de confusion dans l'histoire que celle de « l'église universelle ». Le christianisme historique est depuis Constantin le contraire de l'église universelle, il constitue une Eglise d'État. C'est ce que prouvent le catholicisme byzantin et le catholicisme franc, ainsi que la tendance logique de l'Église romaine à se constituer en monarchie et à transformer les États catholiques en provinces de l'Église d'État.

extension aux choses sacrées, il n'y eut aucune difficulté pour l'appliquer aux objets du nouveau culte. L'idée de vol au regard d'un temple ne subit aucune modification juridique essentielle par suite du changement survenu quant au dieu qui y est adoré ; les rares mentions que nous possédons à cet égard pour l'époque chrétienne ont trouvé leur place dans l'exposé des prescriptions du même genre de l'époque antérieure.

Profanation.

L'État, à l'époque où il n'était pas encore chrétien, punissait la profanation du temple et la perturbation des actes du culte comme toute autre violation de l'ordre public ; le gouvernement chrétien protégea les lieux et les pratiques du culte plus énergiquement par une procédure d'accusation plus rigoureuse et par des peines plus graves, même par la peine capitale (1), tandis que les synagogues juives et les actes du culte israëlite restèrent soumis aux règles anciennes et jouirent par conséquent d'une protection juridique, mais non pas d'une protection exceptionnelle (2).

Blasphème.

La notion d'injure, en vigueur dans le droit privé, ne s'appliquait pas aux anciennes divinités ; celles-ci pouvaient subir une offense, mais on leur laissait le soin d'en assurer l'expiation (II p. 284). Dans l'État chrétien, l'injure sacrée, le blasphème (*blasphemia*), fut de bonne heure défendue par la discipline ecclésiastique sous des peines sévères ; elle fut même, mais sous Justinien seulement, visée par la loi pénale séculière et réprimée de la manière la plus sévère (3).

Délit de religion contre le christianisme.

Mais la transformation du délit de religion proprement dit a été de beaucoup ce qu'il y a eu de plus important. Le délit de religion commis contre le paganisme reposait théoriquement, comme nous l'avons vu (II p. 272 sv.), sur ce fait que la foi aux (599) dieux de la nation qui dominaient l'empire et par conséquent

(1) Constitution de 398 (vraisemblablement) *Const. Sirm.*, 14 = *C. Th.*, 16, 2, 31 = *C. Just.*, 1, 3, 10. *Nov.*, 123 c. 31.

(2) A la rigueur, on peut considérer comme telle l'exemption du logement des troupes accordée par Valentinien I aux bâtiments des synagogues (*Cod. Just.*, 1, 9, 4).

(3) Nov. 77. Le Code de Justinien pose encore la règle contraire (II p. 285 n. 1).

aux dieux de l'empire et la manifestation de cette croyance purent de tout temps être réclamées et furent en pratique exigées, à l'époque récente, de tout citoyen romain et même de tout sujet de l'empire ; quiconque refusait de confesser ces dieux commettait une offense moins vis-à-vis de ceux-ci que vis-à-vis de l'État et cette offense provoquait une réaction de l'État sous la forme d'une action de lèse-majesté. Cette dernière ne fut jamais appliquée au délit de religion commis contre le christianisme (1) et n'a pas pu lui être appliquée. Le christianisme n'est pas de ce monde; *a fortiori* n'appartient-il pas à l'empire romain. Le sujet de l'empire peut-être chrétien ou non et parmi les chrétiens peut figurer aussi celui qui n'est pas sujet de l'empire. Il est de l'essence de la foi chrétienne d'ignorer théoriquement l'État comme tel, bien qu'on le reconnaisse extérieurement, et de ne pas chercher sur la terre le chef de la communauté des croyants. Cette diversité interne entre les deux formes du délit de religion, suivant qu'il était dirigé contre le paganisme ou le christianisme, a certainement été altérée, mais n'a pas été supprimée, lors de la reconnaissance officielle du catholicisme par l'État. En outre, il faut tenir compte de ce fait que les efforts tentés au cours du IIIe siècle pour faire disparaître les partisans du Christ et de Mani comme

(1) C'est ce que montrent de la manière la plus nette les cas où l'accession de circonstances particulières fait passer le délit de religion dans la catégorie des crimes de lèse-majesté. La conversion du chrétien au judaïsme est, sur le fondement de l'ancienne législation (II p. 277), frappée de la peine du crime de lèse-majesté (*C. Th.*, 16, 8, 19); il en est de même lorsque la sédition s'ajoute au délit de religion (*C. Th.*, 16, 4, 1); on traite également comme crime de lèse-majesté l'offrande d'un sacrifice sanglant parce qu'elle peut contenir éventuellement une interrogation de l'avenir au regard de l'empereur; par contre, le fait de brûler de l'encens aux dieux n'est puni que comme *violata religio* (*C. Th.*, 16, 10, 12). Le crime de lèse-majesté et l'hérésie restent d'ailleurs unis par un lien de parenté. La règle d'après laquelle on peut poursuivre le délit d'hérésie en justice même après la mort du coupable se justifie par cette considération que la même règle s'applique au procès de lèse-majesté (*C. Th.*, 16, 5, 40, 5 ; avec restriction aux manichéens, *Cod.*, 1, 5, 4, 4). Léon dispose au contraire (*Cod.*, 1, 5, 9) que le *jus sepulcri* appartient à l'hérétique, tandis que ce droit est refusé à celui qui s'est rendu coupable d'un crime de lèse-majesté.

coupables de lèse-majesté détournèrent le christianisme triomphant de l'emploi d'un pareil procédé. Certes, il a pu arriver que les chefs d'une secte aient été condamnés à périr par le glaive ou le bûcher et même que quelques individualités prises dans la foule aient reçu un châtiment exemplaire, un peu comme en cas de délits militaires le sort déterminait ceux qu'atteindrait la sentence capitale; mais le gouvernement impérial romain de l'époque chrétienne s'est en principe abstenu de faire des exécutions en masse; cette œuvre d'extermination est restée réservée à des époques postérieures. L'E- (600)
glise d'État romaine a poursuivi le même but, mais y a mis plus de modération.

La situation privilégiée des chrétiens orthodoxes au point de vue des droits civiques.

Le nouveau droit, issu surtout de la procédure pénale contre les Manichéens (1), qui, née à l'époque de Dioclétien s'est conservée même dans la suite, repose sur cette idée fondamentale que la complète jouissance des droits civiques n'appartient qu'au chrétien orthodoxe (2). L'imperfection de la foi chrétienne et son absence totale sont considérées comme blâmables au point de vue moral et traitées comme délits en tant qu'elles entraînent une diminution de l'honorabilité civique et fréquemment aussi une restriction de la liberté des relations avec autrui. Cette règle s'applique surtout aux chrétiens hétérodoxes, parmi lesquels figurent les Manichéens. On la retrouve régissant dans la même mesure les fidèles de la vieille religion, partisans du polythéisme; elle s'applique également aux Juifs

(1) La constitution de Valentinien I contre les Manichéens (*C. Th.*, 16, 5, 3) se place encore dans la période de l'égalité officielle; quant aux constitutions rendues postérieurement contre l'hérésie, plusieurs parmi les plus anciennes (*C. Th.*, 16, 5, 7. 9) visent précisément le manichéisme. Augustin, *Contra Faustum*, 5, 8(8, 200 éd. Maur.) [*Corp. Script. eccles. lat.*, ed. acad. Vindob., t. 25, p. 280] rapporte qu'un évêque manichéen fut, sur la prière des chrétiens, gracié et simplement dégradé.

(2) Justinien, *Cod.*, 1, 5, 12, 5 : τοῖς μὴ τὸν θεὸν ὀρθῶς προσκυνοῦσι καὶ τὰ τῶν ἀνθρωπίνων ἀγαθῶν ἐπέχεται. Constantin dresse déjà en 314 dans la lutte contre les Donatistes le plan d'une seule et même religion pour tout l'Empire (Optat, ed. Dupin, p. 284 [*Corpus Script. eccles. lat.*, ed. Acad. Vindob., t. 26, p. 206. Dans cette édition, on lit *tunc* au lieu de *hinc*.] : *hinc... potero esse securus... cum universos sensere debito cultu catholicae religionis sanctissimum deum concordi observantiae fraternitate venerari*).

avec quelques atténuations. L'exposé qui va suivre indiquera les degrés de cette restriction de droits résultant des imperfections de la foi chrétienne ou de son absence. Il n'y a pas de terme généralement reçu pour désigner cette diminution des droits civiques, incontestablement considérée comme sanction d'un délit et procédant de considérations religieuses; le mot hérésie, du moins dans son sens restreint, ne s'emploie que pour l'hétérodoxie chrétienne. Quant aux expressions de violation de religion (1) ou de sacrilège (2), elles n'ont pas de valeur technique.

1. Les Chrétiens Hétérodoxes.

(601) Hétérodoxie.

La « foi catholique » (*fides catholica*) (3) ou la « foi orthodoxe » (*fides orthodoxa*) (4) et son contraire, « l'hérésie » (*haeresis*) (5) sont des notions depuis longtemps familières aux théologiens chrétiens et elles ont passé, comme nous l'avons précédemment fait remarquer, dans le droit public de l'État avant

---

(1) *C. Th.*, 16, 10, 12 (II p. 308 n. 1). Ce terme n'a qu'une valeur d'énonciation, ce n'est pas l'expression technique; on le trouve aussi à l'époque précédente (*Cod.*, 19, 1) pour désigner le vol commis au regard d'un temple.

(2) Ce terme, bien qu'on l'applique, non seulement à l'époque précédente mais même encore maintenant, à tout crime grave, est surtout usité depuis l'introduction de la nouvelle religion d'État pour désigner l'hérésie; c'est ce que prouvent de la manière la plus nette les constitutions d'amnistie groupées au *C. Th.*, 9, 38. Les plus anciennes de ces constitutions ne parlent naturellement pas de l'hérésie (dans *C. Th.*, 9, 38, 3, il faut réunir *sacrilegus* à *in majestate* et *reus* à *in mortuos*); mais dans les deux constitutions de 385 et 396 (*C. Th.*, 9, 38, 7. c. 8) le *sacrilegium* cité parmi les crimes capitaux qui ne sont pas amnistiés ne peut être que l'hérésie. Ce mot est employé dans le même sens par la Nov. de Val. III, 17 : (*Manichaeus*) *poenas, quas in sacrilegos jura sanxerunt... excipiat* et au *Cod.*, 1, 5, 8, 2, où l'on dit de diverses hérésies : *dispar quidem nomen, sed idem sacrilegium.*

(3) Constantin se sert déjà de ce terme (II p. 311 n. 1).

(4) Gratien (*C. Th.*, 16, 5, 6) parle des *orthodoxi episcopi qui Nicaenam fidem tenent.*

(5) Αἵρεσις, en latin *secta*, est l'opinion d'une école. C'est ainsi par exemple que Diogène Laërce (*Praef.*, 18) dit de la morale : τοῦ δὲ ἠθικοῦ γεγόνασιν αἱρέσεις ἓξ, stoïciens, épicuriens, académiciens, etc. C'est dans le langage chrétien que ce mot reçoit pour la première fois un mauvais sens, le christianisme en sa qualité de religion universelle n'admettant pas d'opinion divergente.

l'élévation du christianisme au rang de religion du gouvernement romain. Dès l'instant où le christianisme cessa d'être une religion défendue, il devint immédiatement une religion privilégiée. L'attribution de privilèges importants qui accompagna la reconnaissance de la liberté du christianisme, par exemple la concession du droit de succéder qui fut faite à toutes les églises chrétiennes, rendit nécessaire la fixation des limites dans lesquelles ces privilèges s'appliquaient (1). Mais cette fixation ne pouvait être opérée que par le gouvernement même qui avait accordé ces faveurs à l'Église chrétienne universelle. Si l'État s'en était tenu là et s'était contenté de déterminer d'une manière purement externe le champ d'application des privilèges accordés, cela eut été conciliable avec la liberté religieuse qu'il avait proclamée. Mais il n'en fut pas ainsi ; le monarque a dès le début, sans peut-être savoir exactement ce qu'il faisait, pris sur lui de déterminer ce qui, au point de vue du dogme, doit être considéré comme la foi chrétienne universelle et quels sont les partis et les personnes pour lesquels ces privilèges doivent être admis ou écartés (2). Ces décisions impériales, qui en droit ont la valeur d'une loi, mais qui au fond (602)
touchent au dogme, ne peuvent naturellement être prises qu'avec l'adjonction des représentants qualifiés du christianisme. Déjà en 325, peu d'années après que le christianisme eût été

(1) En 313, Constantin déclare déjà que les droits qu'il accorde aux chrétiens sont donnés à l'Église universelle (τῇ ἐκκλησίᾳ τῇ καθολικῇ τῶν χριστιανῶν Eusèbe, *Hist. eccl.*, 10, 5); dans une autre constitution de la même année, on oppose l'*ecclesia catholica* et les *haeretici* (*C. Th.*, 16, 2, 1). En 326, une autre constitution (*C. Th.*, 16, 5, 1 = *C. Just.*, 1, 5, 1) dispose : *privilegia, quae contemplatione religionis indulta sunt, catholicae tantum legis observatoribus prodesse oportet*; *haereticos autem atque schismaticos non solum ab his privilegiis alienos esse volumus, sed etiam diversis muneribus constringi et subici.*

(2) Au début, à vrai dire, l'orthodoxie et la jouissance des privilèges chrétiens ne se confondirent pas complètement. C'est ainsi qu'en 326 Constantin admit les Novatiens à bénéficier de ces privilèges, bien qu'on désapprouvât leur dissidence vis-à-vis des églises *perpetuae sanctitatis* (*C. Th.*, 16, 5, 2). Une constitution de 428 (*C. Th.*, 16, 5, 65) nous signale encore la position intermédiaire que cette secte occupe entre l'orthodoxie et l'hérésie; mais, dans la rédaction de cette constitution au code de Justinien, *C. Just.*, 1, 5, 5) les Novatiens sont rejetés parmi les autres hérétiques.

autorisé, l'orthodoxie d'État fut formellement fixée d'après l'opinion des évêques de l'empire réunis à Nicée. Sous la domination de l'Église d'État, on a assuré de la même manière l'unité de religion et le rejet de toute opinion dissidente et la définition du christianisme « universel » a été formellement donnée par des lois d'État, — ordinairement, mais non pas exclusivement, d'après des résolutions votées par les majorités des assemblées d'évêques convoquées par le gouvernement (II p. 306 n. 1.) Le procédé habituellement suivi dans ce but consistait à mettre hors de l'église « universelle » par voie de constitution impériale soit les chefs notables d'une secte et leurs partisans (1), soit différentes personnes individuellement désignées (2); la notion d'hérésie est elle-même universelle en un sens négatif, elle consiste toujours dans une déviation de la religion orthodoxe (3). Naturellement, la divergence d'opinions religieuses chez les différents souverains et le bon plaisir du monarque
(603) ont en général donné lieu à beaucoup d'arbitraire et à de nombreuses variations dans la fixation d'une ligne de démarcation entre les vrais et les faux chrétiens.

---

(1) Ce procédé fut déjà usité avant que le christianisme ne devint religion d'État : Constantin I lui-même a déjà exclu de l'Église les Ariens (Socrate, *H. e*, 1, 9) et Valentinien I les Anabaptistes (*C. Th.*, 16, 6, 1). Une pareille mesure fut fréquente dans la suite.

(2) C'est ainsi qu'Arcadius (*C. Th.*, 16, 5, 28 = *C. Just.*, 1, 5, 2, 1) ordonne au proconsul d'Asie de considérer l'évêque Heuresius comme hérétique et de ne plus le compter au nombre des très saints prélats de l'Église, bien que cet évêque n'appartînt manifestement à aucune des sectes prohibées : *haereticorum vocabulo continentur et latis adversus eos sanctionibus debent succumbere qui vel levi argumento a judicio catholicae religionis et tramite detecti fuerint deviare.*

(3) La notion d'hérésie apparaît immédiatement avec cette généralité dans une constitution de 379, la première qui traite de cette matière (II p. 304 n. 1). Sans doute, il arrive maintes fois que telle ou telle secte déterminée soit désignée comme hérétique, mais l'application de la procédure pénale ne se restreint pas aux sectes ainsi visées. La généralité de cette notion se révèle plus nettement encore dans le Code de Justinien; ici, les dispositions qui visent une secte particulière disparaissent (la suppression de la gradation au *C. Just.*, 1, 5, 5 = *C. Th.*, 16, 5, 65, est caractéristique en ce sens) et l'on dit en insistant sur ce point (*C. Just.*, 1, 5, 12, 4, et de même, 1, 5, 18, 4) : αἱρετικὸν πάντα καλοῦμεν, ὅστις μὴ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας καὶ τῆς ὀρθοδόξου καὶ ἁγίας ἡμῶν ὑπάρχει πίστεως.

Conséquences de l'hétérodoxie au point de vue de la théorie des délits.

Le seul effet que produisit l'exclusion de la chrétienté orthodoxe prononcée par l'État fut, tant que le christianisme n'eut d'autre caractère que celui d'une confession autorisée, de priver les hétérodoxes des privilèges accordés par l'État aux orthodoxes; plus tard, lorsqu'on imposa aux sujets de l'empire l'obligation de professer le christianisme orthodoxe, le manquement à ce devoir entraîna une série d'infériorités juridiques (1).

1. Le premier et le plus important des privilèges qu'on accorda aux chrétiens catholiques fut d'exempter leurs associations et leurs réunions de l'observation des règles restrictives posées par les lois sur le droit d'association et de leur donner la faculté d'accomplir librement les actes de leur culte. Ce double privilège étant refusé aux chrétiens hétérodoxes (2), ceux-ci, lorsqu'ils continuèrent leurs pratiques de religion, ne purent éviter ni les conflits avec les autorités romaines, ni les répressions pénales.

2. Comme corollaire au privilège précédent, on reconnaît en outre aux différentes communautés catholiques la propriété de leurs églises et de leurs cimetières (3); cette capacité n'est pas accordée aux communautés de chrétiens hétérodoxes; bien plus, les temples non autorisés que possèdent ces dernières sont ordinairement confisqués, le plus souvent au profit de

---

(1) Lorsque Constantin ordonne aux magistrats de mettre surtout les hérétiques à contribution dans la répartition des charges publiques (II p. 311 n. 1), il y a là une infériorité qui résulte pour eux non du droit pénal, mais du droit administratif.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 6. 10. 11. 12. 15. 24. 26. 30. 36. 45. 51. 56. 57. 58. 65. *C. Just.*, 1, 5, 8, 3. 8. c. 14. c. 18, 3. c. 20. La contravention est naturellement punie, elle est parfois même frappée de la peine de mort (*C. Th.*, 16, 5, 34. 51). Parmi les nombreux détails, il y a lieu de relever que le droit de réunion n'est parfois supprimé que pour les villes (*C. Th.*, 16, 5, 65) et que cette incapacité peut se rencontrer même dans des cas où l'intestabilité n'est pas encourue (*C. Th.*, 16, 5, 36).

(3) La concession faite par Constantin aux Novatiens (II p. 311 n. 2) consista précisément à leur attribuer la propriété de leurs églises et de leurs cimetières (*ecclesiae suae domos et loca sepulcris apta*). Il arrive aussi qu'on tolère les temples existants, mais qu'on interdise l'établissement de nouveaux temples (*C. Th.*, 16, 5, 65).

l'État, parfois même en faveur de l'Église catholique (1).

3. La reconnaissance de l'orthodoxie d'une communauté chrétienne implique la reconnaissance de la constitution de cette communauté et de l'autorité qui la dirige ; par contre, les chefs
(604) des communautés hétérodoxes non seulement ne sont pas reconnus, mais sont précisément ceux qu'atteignent en première ligne les répressions et les peines (2).

4. La peine propre de l'hérésie est, en dehors de l'infamie (3), l'intestabilité, c'est-à-dire l'incapacité de faire un testament pour soi ou de servir de témoin dans le testament d'autrui ; elle est fréquemment accompagnée d'une restriction des droits successoraux et même plus généralement des pouvoirs que donne la capacité patrimoniale ; elle est maintes fois renforcée par la peine de confiscation pour le cas de contravention (4).

5. La liberté de l'hérétique n'est pas seulement restreinte pour les actes patrimoniaux, elle l'est aussi pour le choix de la résidence : il doit éviter les grandes villes, c'est-à-dire qu'il lui est interdit de séjourner dans les capitales de l'empire, dans les métropoles des provinces et dans un rayon de cent milles autour de ces villes (5). Il y a toutefois une autre forme de res-

---

(1) *C. Th.*, 16, 5, 4. 8. 12. 21. 30. 43. 45. 52. 54, 1. 57. 58. 65, *pr.* 16, 6, 4. *C. Just.*, 1, 5,8, 4. 5. c.10. c. 14. Lorsque le propriétaire n'est pas complice, il y a d'autres peines, souvent graves, qui atteignent celui qui a rendu la réunion possible.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 5. 12. 13. 14. 19. 21. 22. 24. 25. 26. 31. 32. 33. 36, 2. 52, 5. 53. 54, 1. 57. 58. 65, 1. *C. Just.*, 1, 5, 2. c. 8, 2. c. 20, 3.

(3) Constantin (Socrate, *Hist. Eccl.*, 1, 9), frappe déjà les Ariens d'infamie (ἀτιμία). Il en fut encore de même dans la suite : *C. Th.*, 16, 5, 3. 7, *pr.* 54.

(4) *C. Th.*, 16, 5, 7. 9. 17. 19. 23. 25. 27. 36. 40, 2. 3. 49. 54. 58, 4. 65, 3. 16, 6, 4. *C. Just.*, 1, 5, 18, 3. c. 19. c. 22. *Nov. Valentiniani III.* 17, c. 2. Nous pouvons passer ici sous silence les nombreuses modifications que cette peine a subies, elle va parfois jusqu'à l'interdiction de donner, d'acheter, de vendre et même jusqu'à l'incapacité générale de contracter (*C. Th.*, 16, 5, 40. 4 = *C. Just.*, 1, 5, 4, 3). L'intestabilité peut être invoquée après la mort de l'hérétique, toutefois cela n'est possible que pendant un délai de cinq ans (*C. Th.*, 16, 7, 3 = *C. Just.*, 1, 7, 2).

(5) La peine de l'intestabilité paraît remonter à l'époque des persécutions contre les chrétiens. Lorsque l'État fût devenu chrétien, il l'appliqua immédiatement aux hérétiques. *C. Th.*, 16, 5, 7, 3. 13. 14. 18. 20. 27.

triction du droit de séjour, c'est la relégation de l'hérétique dans sa patrie d'origine; c'est la seule forme de cette incapacité que connaisse le droit de Justinien (1). Des peines graves sont prévues pour le cas de rupture de ban (2).

6. Enfin les chrétiens hétérodoxes sont exclus de toutes les (605)
fonctions et services publics, lorsque ceux-ci ne se présentent pas plutôt comme des charges publiques (3).

Dans les amnisties, souvent accordées lors des fêtes de Pâques, on a coutume, depuis que le christianisme est devenu religion d'État, d'exclure de cette mesure de faveur non seulement ceux qui se sont rendus coupables d'un crime capital, mais aussi les hérétiques (II p. 310 n. 2). En général la législation n'a pas pris d'autre mesure contre les hérétiques, il y a toutefois eu fréquemment d'autres peines établies contre des sectes particulières (4). L'État romain s'est constamment

---

30. 31. 32. 33. 34. 54. 62. 64. 65, 2. *Nov. Theodosii II.* 6. *Valentiniani III.* 17, 3. La plupart de ces constitutions parlent d'expulsions faites dans de telles conditions que les relations des hérétiques avec les autres hommes seraient du même coup supprimées, mais elles ne précisent pas l'effet juridique de ces mesures. La pensée exacte de ces empereurs ressort des constitutions d'Honorius (*Const. Sirm.*, 2 = *C. Th.*, 16, 2, 35) et de Théodose II (*C. Th.*, 16, 2, 65 et *nov.* 6) : *ab ipso adspectu urbium diversarum exterminari debere.*

(1) Cette forme se rencontre déjà à l'époque antérieure : *C. Th.*, 16, 5, 10. 12; le droit de Justinien laisse de côté les constitutions précédemment citées et contraint les hérétiques à habiter leur lieu d'origine : *Cod. Just*, 1, 5, 8, 6 (pour laquelle y a des hésitations quant à la lecture à adopter). 7.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 34.

(3) *C. Th.*, 16, 5, 25. 29. 42. 48. 58, 7. 61. 65. 3. *C. Just.*, 1, 5, 8, 6. c. 12. c. 18, 4. *Nov. Valentiniani* III. 17, c. 3. Cette interdiction s'étend à la profession d'avocat (*Cod.*, 1, 5, 12, 8). L'hérétique ne peut pas obtenir une audience de l'empereur (*C. Th.*, 16, 5, 14). Justinien excepte les Goths ariens (*C. Just.*, 1, 5, 12, 17).

(4) On rencontre pour certaines catégories des amendes pécuniaires élevées (*C. Th.*, 16, 5, 51. 52. 54, 3), la confiscation du patrimoine en faveur du fisc (*C. Th.*, 16, 6, 4. tit. 6, 5) ou des héritiers orthodoxes (*C. Th.*, 16, 5, 40, 1), la déportation (*C. Th.*, 16, 5, 63 : *proscriptio*; tit. 6, 6), et même la peine de mort (16, 5, 7, 1), que Justinien reprit contre les Manichéens (II p. 308 n. 1). Lorsque d'autres délits s'ajoutent à celui d'hérésie, comme par exemple la dissimulation d'écrits hérétiques, la peine est naturellement aggravée (Socrate, *Hist. eccl.*, 1, 9. *C. Th.*, 16, 5, 34, 1. 66. *C. Just.*, 1, 5, 8, 10. c. 16, 3 et autres textes).

abstenu de contraindre directement à une conversion, qui, obtenue de cette manière, serait ordinairement superficielle.

2. Les Païens.

Le Paganisme. Si aux sujets de l'empire partisans de la vieille religion nationale polythéiste ou qui par leur patrie appartenaient à un autre culte polythéiste on ajoute tous ceux qui ne professaient ni le christianisme ni le judaïsme, il est incontestable qu'à l'époque de Constantin la grande majorité des habitants de l'empire appartenaient encore à la vieille religion. Mais on voyait disparaître de plus en plus, surtout dans la bourgeoise éclairée, toute foi sérieuse et toute pratique des cultes anciens (1). Le terme de *pagani* (2), de « paysans », usité en Occident depuis le milieu du IVe siècle pour désigner les polythéistes qui restaient fidèles à leur religion, marque la
(606) position du polythéisme à cette époque de transition. Dans la

(1) Lorsque la vieille religion fut devenue *superstitio*, on vit comme toujours marcher de pair dans cette superstition les couches inférieures de la population et les rangs les plus élevés de l'aristocratie. Au IVe siècle, on ne trouve en principe des païens croyants qu'à la campagne et dans les palais de la vieille capitale.

(2) Les preuves les plus anciennes de cet usage du langage (Godefroy sur *C. Th.*, 16, 10) nous sont données par le traité de Marius Victorinus *de ὁμοουσίῳ recipiendo*, écrit entre 362 et 380 (Migne, vol. 8, p. 1137) : *Graeci, quos* Ἕλληνας *vel paganos vocant, multos deos dicunt, nos adversus paganos unum Deum, adversus Judaeos patrem et filium*; par la constitution de Valentinien de 368 (*C. Th.*, 16, 2,18) et par les *Quaestiones ex. vet. et novo test.*, n. 81. 82, du Pseudo-Augustin rédigées entre 370 et 380. Ce terme de *pagani* appartient à la langue populaire ; Victorinus, *loc. cit.*, nous le dit et les rescrits de 409 (*C. Th.*, 16, 5, 46 : *gentiles, quos vulgo paganos appellant*) et de 416 (*C. Th.*, 16, 10, 21) confirment cette opinion. Il n'y a pas de terme grec correspondant. De même que *paganus* dans la langue des soldats désigne le civil, parce que les camps permanents ne pouvaient pas être établis dans les villes et qu'ainsi il n'y avait dans le camp, en dehors des soldats, que des paysans, de même cette expression servit en matière religieuse à désigner les païens, parce que les paysans restaient fidèles au vieux culte. Les constitutions des empereurs chrétiens ont eu aussi principalement pour but de bannir le polythéisme des grandes villes ; c'est ce que prouve par exemple, en dehors de certaines mesures répressives prises contre lui (II p. 314 n. 5), une constitution de 415 qui bannit les prêtres païens Africains de la capitale de la province et les relègue dans leur pays d'origine (*C. Th.*, 16, 10, 20, *pr.*).

partie grecque de l'empire et par suite aussi chez les Latins, on se servit pour désigner les païens des termes ἐθνικοί ou *gentiles*, usités par les juifs vis-à-vis des non-juifs (1), et ces expressions peuvent aussi être considérées comme s'appliquant à des « *provinciales* » et à des « *barbari* ». — En droit, la liberté religieuse proclamée par Constantin ne donnait et n'enlevait rien aux polythéistes. Toutefois, dès le début, les faveurs des empereurs allèrent surtout à la nouvelle religion et la reconnaissance du christianisme comme Église d'État en 379 créa du même coup une infériorité juridique pour les partisans des vieilles croyances. Les chrétiens orthodoxes traitant les hétérodoxes comme des non chrétiens (2), il en résulta que, pour les orthodoxes, les deux catégories se confondirent (3). Mais les païens ne sont pas des hérétiques au sens propre du (607)
mot (4), et si la condition juridique des deux catégories est analogue, elle n'est pas identique. Suivant cette vieille loi que la haine des partis est plus forte contre les opinions voisines que contre les opinions plus divergentes, le chrétien orthodoxe a toujours considéré l'hétérodoxe comme plus dangereux que le non chrétien.

---

(1) Les juifs donnent à ceux qui ne sont pas juifs le nom d'Araméens, lorsqu'ils écrivent en hébreu, et celui d' Ἕλληνες (terme déjà employé pour ἀλλόφυλοι dans la *septuaginta* d'Isaïe, 9, 12) ou d'ἐθνικός (parce qu'ils opposent au peuple élu les autres peuples : τὰ ἔθνη), lorsqu'ils écrivent en grec. Ces deux dernières expressions ont échangé contre un sens religieux leur acception originaire dans laquelle ils s'appliquaient à des nations et elles ont passé ainsi dans la littérature grecque avec ce seul changement qu'elles y ont servi à désigner les non-chrétiens au lieu des non-juifs. Les chrétiens latins ont même adopté le dernier de ces termes avec sa signification religieuse, tandis que dans le latin technique *gentiles* désigne plutôt le pérégrin qui ne vit pas d'après un droit municipal, c'est-à-dire le barbare. La *superstitio gentilicia* apparaît déjà conformément au langage des Ecritures, dans la constitution de Théodose Ier de 392 (*C. Th.*, 16, 10, 12, 2). Le *paganus* appartient au *pagus*.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 43 : *Christianos se simulant esse*; de même *C. Th.*, 16, 5, 65.

(3) Déjà en 380, Théodose I exprime cette idée avec toute la netteté possible (*C. Th.*, 16, 1, 2).

(4) Les *pagani* se distinguent des *haeretici* (*C. Th.*, 16, 5, 46. tit. 8, 26. tit. 10, 13), mais il arrive fréquemment que dans un langage négligé on les compte parmi les *haeretici* (*Nov. Theodosii* II. 3 : *Judaeos, Samaritas, paganos et vetera haereticorum genera*).

Conséquences du paganisme au point de vue de la théorie des délits.

1. La liberté religieuse proclamée par Constantin donnait aux païens comme aux chrétiens la faculté de se réunir pour les exercices de leur culte et d'accomplir les pratiques de leur religion. Toutefois, sinon Constantin lui-même (1), du moins ses fils ont certainement défendu sous peine de mort les sacrifices sanglants et d'une manière générale le culte des images (2) et ont ordonné la fermeture des temples païens (3). Ces règles se concilient d'ailleurs formellement avec la liberté religieuse ; car le gouvernement, en proclamant cette dernière, n'avait pas renoncé au droit d'interdire des pratiques religieuses choquantes ; mais au fond il y avait là une mesure anticipée de christianisation de l'État. Lorsque celle-ci eût été formellement
(608) proclamée, on défendit aux païens d'une manière générale les

(1) Constance II (*C. Th.*, 16, 10, 2) invoque à l'appui de sa prohibition celle de son père ; mais l'absence de la constitution de Constantin dans le Code Théodosien fait naître des doutes sur l'existence de cette constitution, d'autant plus que le titre en question de ce Code paraît avoir fait l'objet de coupures opérées par des mains chrétiennes — des constitutions de Valentinien I y ont, en effet, été également omises. Suivant son biographe (Eusèbe, *Vit. Const.*, 2, 44. 45), Constantin ordonna à ses fonctionnaires de s'abstenir d'offrir des sacrifices (μὴ εἰδωλολατρεῖν) et défendit les sacrifices d'une manière générale, ὡς μήτε ἐγέρσεις ξοάνων ποιεῖσθαι τολμᾶν μήτε μαντείαις καὶ ταῖς ἄλλαις περιεργίαις ἐπιχειρεῖν μήτε μὴν θύειν καθόλου μηδένα. Mais Eusèbe ne rapporte pas le texte de ces constitutions et comme l'empereur lui-même nous dit chez ce biographe, que, contrairement à l'opinion de beaucoup de personnes, il n'a pas prohibé le culte païen (τῶν ναῶν τὰ ἔθη), parce qu'une pareille mesure eût été trop choquante (2, 60), il est possible que cet ordre prétendu n'ait été qu'une exhortation. Nous ne pouvons d'ailleurs indiquer ici que brièvement les mesures prises par le gouvernement romain contre le paganisme (cpr. une vue d'ensemble de ces mesures chez Marquardt, *Staatsverwaltung*, 3, 114 sv. [Manuel Antiq. Rom., 12, 140 sv.]).

(2) *C. Th.*, 16, 10, 2. 4. Même plus tard l'offrande d'un sacrifice sanglant est toujours considérée comme le cas le plus grave du nouveau crime de religion et cela principalement à raison de l'examen des entrailles qui l'accompagne (cpr. II p. 308 n. 1) ; les contrevenants sont frappés de la peine de mort (*C. Th.*, 16, 10, 7. 12, 1) ou encore de la confiscation du patrimoine et du bannissement (*C. Th.*, 16, 10, 23 ; *Nov. Theodosii* II, 3 c. 8). Théodoric établit aussi comme sanction la peine de mort (*Edict.*, c. 108)

(3) C'est ce qu'ordonnent les constitutions de Constance que nous venons de citer. On prescrit, en outre, d'épargner les temples et on permet même de les visiter pour voir les œuvres d'art (*C. Th.*, 16, 10, 8). Nous pouvons négliger ici les autres mesures relatives à l'entretien et à la destruction des temples.

actes de leur culte (1) et les réunions pour la pratique de leur religion (2); on frappa en même temps de peines sévères toute contravention à ces prescriptions. Nous n'avons pas à exposer en droit pénal les obstacles que l'application de ces mesures contre des usages plusieurs fois séculaires rencontrèrent de la part de magistrats nonchalants ou récalcitrants et la résistance que lui opposèrent les fidèles du paganisme. Pris en bloc, les chrétiens hétérodoxes ont donné plus de besogne au gouvernement que les polythéistes.

2. La destitution des vieilles divinités eut pour conséquence nécessaire la confiscation de tout le patrimoine des temples qui leur étaient consacrés (3). La confiscation atteignait le propriétaire qui autorisait l'accomplissement sur son domaine d'actes du culte païen (4)

3. L'État cessa en même temps de reconnaître les prêtres de la vieille religion (5).

4. L'infamie (6) et l'intestabilité (7) frappèrent le chrétien qui se faisait païen; elles ne furent appliquées pour la première fois aux païens en général que sous Justinien (8).

---

(1) Des constitutions de 392 (*C. Th.*, 16, 10, 12) et de 451 (*C. Just.*, 1, 11, 7) interdisent aussi sévèrement les actes du culte païen qui ne consistent pas dans un sacrifice sanglant; la seconde constitution prononce même la peine de mort comme sanction de sa prohibition.

(2) *C. Th.*, 16, 10, 19, 3. Les fêtes populaires sont naturellement maintenues (*C. Th.*, 16, 10, 17).

(3) Gratien *C. Th.*, 16, 10, 12, 2 et ailleurs.

(4) *C. Th.*, 16, 10, 12, 2. *C. Just.*, 1, 11, 8.

(5) Les immunités des prêtres de la vieille religion furent encore confirmées après la mort de Constantin (*C. Th.*, 12, 5, 2, constitution rendue sous le nom de l'empereur défunt) et l'empereur Constance nomme encore aux postes vacants dans les collèges de pontifes romains (Symmaque, *Ep.*, 10, 3); par contre, ces privilèges furent supprimés en bloc par une constitution de 396. (*C. Th.*, 16, 10, 14).

(6) *C. Th.*, 16, 7, 5.

(7) Gratien prescrit déjà cette peine en 381. *C. Th.*, 16, 7, 1. 2. 3 (= *C. Just.*, 1, 7, 2). 4 (= *C. Just.*, 1, 7, 3). 6. 7 (= *C. Just.*, 1, 7, 4). — La détermination plus précise de cette notion doit être empruntée à ces constitutions.

(8) La constitution, *Cod.*, 1, 11, 10, 1, qui est vraisemblablement de Justinien, dispose que ceux qui refusent de recevoir le baptême, οὔτε μεθέξουσί τινος τῶν τῆς ἡμετέρας πολιτείας οὔτε οὐσίας κινητῆς ἢ ἀκινήτου κύριοι εἶναι συγχωρηθήσονται.

5. Ce fut également sous le même empereur qu'on étendit aux païens le bannissement, tel qu'il était appliqué aux chrétiens hétérodoxes (1).

6. Enfin on écarta des fonctions publiques le chrétien qui passait au paganisme (2); mais la loi n'exclut les païens en
(609) général des emplois de l'État qu'à la suite de la mise à mort en 408 de Stilicon (3), accusé d'avoir projeté de susciter une révolte contre la nouvelle religion et de rétablir le vieux culte national.

Le droit romain n'est jamais allé plus loin dans ses mesures contre les païens; celui qui s'exposait aux répressions que nous venons d'indiquer ne fut jamais contraint formellement par la force de se faire baptiser ou d'accomplir quelque autre acte extérieur de la religion chrétienne (4).

Procès contre les dissidents.

Au point de vue de la procédure, l'hérésie et le paganisme sont poursuivis devant les tribunaux séculiers dans la forme ordinaire de la procédure d'accusation (5). En outre, le délit de

---

(1) *Cod.*, 1, 11, 10, 3 : αὐτοὶ δὲ ἐξορίᾳ παραδοθήσονται.

(2) *C. Th.*, 16, 7, 5.

(3) Orose, 7, 38 et d'après lui Marcellin pour la même année. La conduite d'Attale contre les païens se rattache étroitement à l'affaire précédente (Sozomène, 9, 9). Il est vrai que la loi en question d'Honorius (*C. Th.*, 16, 5, 42) a, d'après Zosime, 5, 46, été retirée, mais les lois de Théodose II en 416 (*C. Th.*, 16, 10, 21) et en 425 (*Nov. Theodosii* II. 6) nous montrent qu'on s'en est tenu finalement à la règle de l'exclusion. Même plus tard, on rencontre encore maintes fois des exceptions.

(4) Le souci des finances impériales a souvent tempéré les excès de la piété officielle. La déclaration de l'empereur Arcadius dans la *Vita Porphyrii episc. Gazensis per Marcum diaconum* (*edid. sodales Societ. Philol. Bonnensis*) c. 401, est caractéristique en ce sens : οἶδα ὅτι ἡ πόλις ἐκείνη (Gaza; l'évêque avait demandé en 401 la destruction des temples des idoles existant dans la ville) κατειδωλός ἐστιν, ἀλλ' εὐγνωμονεῖ περὶ τὴν εἰσφορὰν τῶν δημοσίων πολλὰ συντελοῦσα. Ἐὰν οὖν αἰφνιδιάσωμεν αὐτοὺς τῷ φόβῳ, φυγῇ χρήσονται καὶ ἀπόλλομεν τοσοῦτον κανόνα. Ἀλλ' εἰ δοκεῖ κατὰ μέρος θλίβομεν αὐτούς, περιαιροῦντες τὰς ἀξίας τῶν εἰδωλομανῶν καὶ τὰ ἄλλα πολιτικὰ ὀφφίκια, καὶ κελεύομεν τὰ ἱερὰ αὐτῶν κλεισθῆναι καὶ μηκέτι κρηματίζειν. Ἐπὰν γὰρ θλιβῶσιν εἰσ πάντα στενούμενοι, ἐπιγινώσκουσιν τὴν ἀλήθειαν· τὸ γὰρ ὑπερβολὴν ἔχον αἰφνίδιον βαρὺ τοῖς ὑπηκόοις.

(5) Honorius, *C. Th.*, 16, 5, 40, 1 = *C. Just.*, 1, 5, 4, 1 : *volumus esse pu-*

religion de l'époque du Bas-Empire donne lieu, comme celui de l'époque précédente (II p. 281) et même plus constamment et plus rigoureusement que lui, à la cognition et à l'inquisition du magistrat (1). Dans la procédure, on semble avoir pris pour modèle les anciens procès contre les chrétiens et avoir posé en (610) substance à l'accusé la question de savoir, s'il reconnaissait appartenir à une secte de chrétiens légalement interdite ou au paganisme. Toute réponse négative entraînait l'acquittement, puisque l'abandon de la religion prohibée mettait fin à l'action (2). On pouvait éventuellement recourir au témoignage d'un ecclésiastique reconnu orthodoxe (3).

3. Les Juifs.

Le judaïsme dans la dernière époque.

Dans l'État chrétien, le judaïsme (4) n'a pas été considéré comme un délit, tandis qu'on y avait traité comme tel dès le début l'hétérodoxie chrétienne et plus tard aussi le polythéisme. Le gouvernement repoussa cette conséquence de la

---

blicum crimen. Léon, *Cod.*, 1, 11, 8. Valentinien III, *Nov.* 17 : *sit publicum crimen et omni volenti sine accusationis periculo* (c'est-à-dire sans danger de l'action récursoire de calomnie) *tales* (Manichéens) *arguere sit facultas.* Théodose II, *Cod. Just.*, 1, 1, 3, permet également la dénonciation (δημοσιεύειν) et l'accusation (ἐλέγχειν) des évêques coupables de nestorianisme δίχα φόβου καὶ βλαβῆς.

(1) C'est ainsi par exemple qu'en 421 l'empereur d'occident Constantin III ordonne à Volusianus, préfet de Rome (Léon le Grand, *Opera*, 3, 182), d'intervenir contre les hérétiques partisans de Célestius et lui prescrit : *omnes diligenter inquirat et eos statim faciat ex muris urbis expelli, ita tamen, ne inter centesimum lapidem habeant licentiam consistendi.* Les *officiales* doivent être frappés de la peine de mort.

(2) *C. Th.*, 16, 5, 41.

(3) Cela résulte de la constitution de Théodose I : *C. Th.*, 16, 1, 3.

(4) Les Samaritains hétérodoxes ne jouissent pas, d'après Origène (*Contra Celsum*, 2, 13), des privilèges juifs ; ils encourent comme les non juifs la peine de mort en cas de circoncision (à laquelle ils attachent précisément la plus grande importance, d'après Hippolyte, *Haer.*, 9, 26). Toutefois les constitutions du v^e^ siècle (ainsi *C. Th.*, 16, 8, 16) les nomment fréquemment à côté des juifs, sans établir aucune différence juridique entre eux. Justinien a assimilé les Samaritains aux Manichéens (*Cod.*, 1, 5, 21) et les a frappés d'intestabilité (*Cod.*, 1, 5, 17); il a lui-même dans la *Nov.* 129 retiré la mesure qu'il avait prise contre eux, mais celle-ci fut rétablie par Justin II dans la *Nov.* 144.

nouvelle religion d'État (1) et jamais la procédure d'accusation ne fut intentée contre cette catégorie de non chrétiens. Toutefois le gouvernement traita, même dans ses actes officiels, la religion juive comme équivalant à peu près au paganisme (2) et la conception que seul le chrétien orthodoxe est un véritable citoyen de l'État (II p. 309 n. 2) se fit également sentir au regard des juifs. L'infériorité juridique des juifs, qui avait eu auparavant un caractère plutôt négatif et avait consisté dans l'absence de droit municipal, s'accrut dans la dernière période, avec moins de rapidité cependant que le mépris public, et se transforma de plus en plus en une inégalité juridique positive. Nous devons relever ici les règles les plus importantes à cet égard (3).

1. La conversion au judaïsme, qui, aussi longtemps qu'il y eut une religion nationale, fut punissable pour la raison que nous avons précédemment indiquée (II p. 277), aurait dû être permise dans une application complète du régime de liberté religieuse établi par Constantin ; mais de même que la secte des Manichéens resta bannie après comme avant, il est vrai-
(611) semblable, selon toutes les apparences, que les lois spéciales relatives au judaïsme sont aussi restées en vigueur sous le nouveau régime. Tout au moins la conversion du chrétien au judaïsme a-t-elle déjà été interdite sous peine grave par Constance II et cette prohibition a été maintenue (4).

2. Théodose I a supprimé la possibilité pour les chrétiens et les juifs de contracter mariage ensemble (5). Le mariage romain ne connaît pas par ailleurs d'autre empêchement de religion et n'offre pas de défenses analogues pour les hérétiques et les païens.

---

(1) *C. Th.*, 16, 8, 9.

(2) Par exemple, *C. Th.*, 15, 6, 5.

(3) On rencontre aussi cette infériorité en matière de témoignage (*C. Just.*, 1, 5, 21).

(4) *C. Th.*, 16, 8, 1. 6. 7 (*C. Just.*, 1, 7, 1). 19.

(5) *C. Th.*, 3, 7, 2 = 9, 7, 5 = *C. Just.*, 1, 9, 6. Le *connubium* qui à l'époque antérieure faisait déjà ordinairement défaut aux juifs n'empêchait pas le mariage lui-même, mais seulement les *justae nuptiae*.

3. On tolère et protège les temples des juifs, mais on n'autorise pas ces derniers à bâtir de nouvelles synagogues (1).

4. Nous avons indiqué (I p. 140) que la prohibition de la polygamie a été étendue aux juifs.

5. L'interdiction de revêtir des fonctions publiques fut formulée en même temps pour les juifs et pour les païens (2).

---

(1) *C. Th.*, 16, 8, 23. 25. 27. *Nov. Theodosii* II. 3 c. 3. Cassiodore, *Var.*, 3, 45.

(2) *C. Th.*, 16, 8, 16 (de l'année 404). 24. *Nov. Theodosii* II. 3 c. 2. *Nov.*, 6. Justinien, *Code*, 1, 5, 12. Cette interdiction s'étend aussi à la profession d'avocat (*Nov. Theodosii* II. 6 ; *Cod.*, 1, 4, 15 = 2, 6, 8), mais non aux charges municipales (*Dig.*, 50, 2, 3, 3).

LE MEURTRE ET LES CRIMES QUI LUI SONT ASSIMILÉS

Parricidium. Tandis que la langue latine possède de nombreux termes pour exprimer l'action de tuer (*morti dare* (1), *necare*, *caedere*, *occidere*, *interficere*, *interimere*, *internecare* (2), elle n'a pour désigner le meurtre commis par dol que le mot *parricidium* et encore celui-ci n'a-t-il cette signification large que primitivement. D'après son étymologie vraisemblable (3) et certaine-

(1) Loi de Numa (II p. 325 n. 1); *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit*. Cette expression qui du reste en soi ne désigne pas l'acte de tuer, mais seulement le fait de mourir — *leto dari* est, comme on sait, le terme usité pour désigner le fait de mourir (Varron, *De l. L.*, 7, 42 et ailleurs) — a été choisie ici, afin d'embrasser la mort causée sans violence, car les autres mots s'emploient surtout pour la mise à mort violente.

(2) L'emploi d'*inter* dans ces verbes, dont on peut rapprocher la désignation constante par *inter sicarios* du meurtre commis par des bandits, vise peut-être la mort donnée dans une mêlée, bien que l'usage fait de ces verbes ne laisse pas apparaître cette restriction.

(3) Il est contraire aux lois du langage de faire venir *parricida(s)* (l'orthographe avec un double r est attestée non seulement par des manuscrits et des inscriptions, mais aussi par Priscien, p. 26. éd. Hertz) de *per* = autrement, donc faussement (II p. 233 n. 1) et de *caedere*, alors que le préfixe en question apparaît toujours en latin dans une forme abrégée et qu'on attend *percidium*, comme on a *percellere*. Il n'est toutefois pas impossible que dans ce mot, qui doit être de très vieille formation comme tous les substantifs se terminant en *a(s)*, la première partie ait conservé la forme ancienne. Les autres étymologies proposées sont inadmissibles. *Patricidium* n'aurait jamais pu philologiquement se transformer en *parricidium* et il n'y a pas lieu de croire que l'expression de parricide ait été employée à titre de métonymie pour désigner le meurtre en général. La conjecture qui fait dériver *parricidium* de *par* (nous la trou-

ment aussi dans la vieille langue juridique (1), cette expression désigne l'homicide commis par perversité, le meurtre et les coups ayant entraîné la mort. Dans cette acception, elle a pour (613)
terme corrélatif la *perduellio*, c'est-à-dire la guerre méchante. Mais, déjà à la fin de la République, le mot *parricidium* ne désigne dans le langage courant que le meurtre d'un proche (2). Nous en avons la preuve non seulement dans l'identification, inacceptable au point de vue philologique comme au point de vue du fond, que l'on fait alors de *parricidium* avec un *patricidium* supposé, mais encore dans la restriction, dont nous traiterons plus loin, au meurtre d'un proche de la peine complète qui frappait originairement tout meurtre. Cette limitation du sens de *parricidium* créa une lacune dans la langue latine. Le latin classique n'a pas de terme simple pour exprimer l'idée de meurtre. Le mot récent et peu heureux d'*homicidium*, homicide, n'est apparu que tardivement (3). Pour re- *Homicidium.*

---

vons déjà chez Priscien, *loc. cit.*) se heurte à cette double objection, qu'il semble tout à fait antiromain de faire sortir ce délit de la notion d'égalité et que dans une pareille étymologie on ne voit pas apparaître l'idée de blâme qui est ici indispensable.

(1) Festus, *Ep.*, p. 221 : *parricida non utique is, qui parentem occidisset, sed qualemcunque hominem indemnatum*, et l'auteur cite à l'appui de son affirmation la loi de Numa : *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto.* Plutarque, *Rom.*, 22 : ἴδιον δὲ τὸ μηδεμίαν δίκην κατὰ πατροκτονίαν ὁρίσαντα πᾶσαν ἀνδροφονίαν πατροκτονίαν προσειπεῖν. C'est dans le même sens qu'on parle de *quaestores parricidii* et que d'après Festus, p. 318 il est dit dans une loi à propos d'une mise à mort justifiée : *parricida ne sit* et dans le commentaire de cette loi : *qui occidit parricidi non damnatur.* Sous l'empire du même usage du langage, on dit par contre en cas d'assimilation d'un délit avec le meurtre : *parricida esto* (Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22).

(2) Avant l'époque de Cicéron, nous n'avons pour prouver l'acception du mot que les témoignages du langage législatif que nous venons de citer. Plus tard, par exemple dans la loi de Pompée, ce terme ne désigne pas le parricide, mais le meurtre d'un proche et s'adjoint fréquemment un génitif pour déterminer le parent qui a été tué ; il en est ainsi chez Cicéron et chez d'autres bons prosateurs (*parricida fratris* ou *fraternus* : Cicéron, *Pro Cluentio*, 11, 31 et Tite-Live, 40, 24, 6, cpr. Charisius, p. 278, éd. Keil ; *patris et patrui parricidium* : Cicéron, *Phil.*, 3, 7, 18 ; *parricida liberum* : Tite-Live, 3, 50, 5 ; *parricidium filii* : Tite-Live, 8, 11, 7 ; *parricida civium* : Cicéron, *In Cat.*, 1, 12, 29), ce qui montre aussi que ce mot ne vient pas de *pater*, car *patricida fratris* ne serait pas possible.

(3) *Homicida* et *homicidium*, vraisemblablement dérivés, comme *matricida* et *fratricida*, de *parricida*, sur l'étymologie duquel on s'était rapidement

médier à cette insuffisance du langage, les jurisconsultes classiques combinent pour désigner le meurtrier les appellations de bandit (*sicarius*) et d'empoisonneur (*veneficus*) (1).

Nous sommes dépourvus de renseignements sur les débuts de la législation romaine relative au meurtre. On peut conjecturer (614) (I p. 67), qu'au début la procédure pénale publique usitée en cas de meurtre ne fut qu'un acte de légitime défense de la part de la communauté menacée, comme au cas de perduellion, et que primitivement chez les Romains comme chez les autres peuples le soin de punir le meurtre ou plutôt de venger le sang versé fut laissé aux parents de la victime, à la condition peut-être que, suivant ce qui a lieu d'après la loi des douze Tables pour le talion en cas de blessure corporelle, le tribunal de la communauté ait expressément autorisé cette vengeance. La loi la plus ancienne que la tradition nous signale en matière de meurtre et qui est attribuée au roi Numa (II p. 325 n. 1) vise-t-elle la vengeance privée permise par le tribunal de la communauté ou, ce qui est également conciliable avec la forme de cette loi, a-t-elle trait à la plus ancienne procédure publique en matière de meurtre? C'est un point que nous ne pouvons pas trancher. Il est certain que l'organisation par tribus, qui est la condition indispensable du régime de la vengeance privée, a autrefois été pleinement en vigueur à Rome, mais les documents n'en ont gardé aucune trace et nous devons nous borner à signaler cette lacune de nos connaissances.

La plus ancienne procédure contre le meurtre.

Il n'y a aucun doute que le droit pénal romain, tel que nous le connaissons, punit le meurtre comme un crime dirigé contre la communauté elle-même. A vrai dire, les institutions dans

Le meurtre comme crime public.

---

trompé, apparaissent déjà une fois chez Cicéron, *Phil.*, 2, 13, 31 (cpr. c. 12, 30) : *plus quam sicarios, plus quam homicidas, plus quam parricidas esse*, mais ne sont pas fréquemment employés même par les jurisconsultes classiques (Gaius, 3, 194); ils ne deviennent des termes vraiment courants que postérieurement à Constantin. Ces mots sont d'ailleurs usités, conformément à leur étymologie, pour désigner même l'homicide involontaire (Paul, 5, 23, 3; *Coll.*, 1, 10, 1 = *Cod.*, 9, 16, 4).

(1) Il n'y a pas pour désigner le meurtre par violence de terme abstrait correspondant à *veneficium; qui inter sicarios et de veneficiis accusabant* (Cicéron, *Pro Sex. Rosc.*, 32, 90).

lesquelles cette conception se manifeste le plus nettement, à savoir la répression du meurtre des esclaves à un autre titre que celui d'atteinte à la propriété et la punition de ceux qui ont donné leur aide à un suicide, n'appartiennent qu'à un développement postérieur du droit ; toutefois toute la tradition nous montre, tant dans les règles juridiques que dans le petit nombre de procès comitiaux de ce genre qui nous sont connus (1), que le meurtre était réprimé dans l'ancien droit par voie d'inquisition du magistrat et qu'on ne tenait aucun compte dans cette procédure des parents de la victime. Il (615)
est vraisemblable que l'introduction du procès de meurtre dans la procédure pénale relevant des magistrats se rattache à l'établissement de la questure. Ici encore la tradition nous laisse sans renseignements quant à la date d'apparition des *quaestores parricidii*, c'est-à-dire du tribunal pour meurtre ; mais nous avons montré dans le Livre II (I p. 178 n. 3) que ces magistrats, en leur qualité d'intermédiaires nécessaires pour le fonctionnement de la provocation obligatoire, ont dû naître en même temps que cette dernière. La provocation est rattachée par une tradition au moins très ancienne à la fondation de la République. En tout cas, les questeurs sont antérieurs à la

(1) Abstraction faite des procès contre des esclaves, des pérégrins et des femmes, qui nous apprennent peu de choses, nous avons pour l'époque antérieure à l'introduction du jury certains renseignements sur les procès de meurtre contre Caeso Quinctius en 293/461 (Tite-Live, 3, 11-13 ; Denys, 10, 5-8) ; contre le prétendu premier parricide L. Hostius après la guerre contre Hannibal (Plutarque, *Rom.*, 22) ; contre le prétendu premier matricide, Publicius Malleolus, en 653/101 (Orose, 5, 16, 23 ; Tite-Live, 68 ; *Ad Her.*, 1, 13) ; contre Q. Fabius Maximus, meurtrier de son fils, à la même époque (I p. 201 n. 2 ; Orose, 6, 16, 8 : *Q. Fabius Maximus... filium suum adulescentem rus relegatum cum duobus servis parricidii ministris interfecit... die dicta* — donc devant les comices — *Cn. Pompeio accusante damnatus est*, où l'accusateur ne peut être identifié avec certitude qu'autant qu'on le suppose questeur) ; nous avons en outre quelques indications pour le procès contre M. Volscius Fictor, faux témoin dans le procès de Caeso (II p. 352 n. 1) et contre Minucius appelé à rendre compte de la procédure contre Manlius (*loc. cit.*). Le formulaire conservé pour la procédure devant le *quaestor* (Varron, 6, 90,) ne désigne le délit comme crime capital que d'une manière générale, mais doit certainement s'appliquer en première ligne au meurtre.

loi des XII Tables qui fait allusion à ces magistrats et à leur juridiction criminelle (1). Leur titre même indique qu'ils étaient en première ligne compétents pour les affaires de meurtre ; nous avons cependant déjà exposé (I p. 178 n. 2) que leur compétence ne se restreignait pas à cette catégorie de crimes et qu'abstraction faite de la perduellion tout procès capital soumis à un magistrat et pour lequel le jugement en dernier ressort ne pouvait être rendu par ce détenteur d'*imperium* lui-même, mais seulement par les comices, devait être porté devant le peuple par l'intermédiaire des questeurs. Nous n'adoptons pas dans cet exposé la notion générale de *parricidium* (II p. 222) rendue très vraisemblable par l'étendue de la compétence des *quaestores parricidii*, nous nous attachons uniquement ici à la catégorie des délits déterminée par la loi Cornélia dont nous allons parler ; toutefois l'étendue surprenante de cette catégorie dans la loi elle-même provient vraisemblablement d'une influence exercée par les extensions que la notion de *parricidium* avait reçues en procédure.

Quaestio pour le meurtre.

Après l'apparition des jurys présidés par un magistrat, la procédure de meurtre, de toutes les anciennes procédures pénales vraisemblablement la plus fréquente, fut rapidement renvoyée à un tribunal de ce genre. La réforme était peut-être déjà accomplie en 612/142 (2), elle l'était certainement avant l'époque de Sylla (3). Le meurtre des proches a dû rester, au début, de la compétence des comices ; car nous voyons que vers 650/104 une affaire de ce genre est encore portée devant eux (II p. 327 n. 1) ; mais la connaissance de ce crime a été bientôt après et déjà avant Sylla confiée à des jurés. Quant à la loi de Sylla contre les bandits et les *venefici*, bien qu'elle ait été vraisemblablement dans une certaine mesure une loi

La loi Cornélia sur le meurtre.

(1) Loi des XII Tables, 8, 25, chez Schöll [9, 4 chez Girard] [= *Dig.*, 1, 2, 2, 23) : *quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent ; hi appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex XII tabularum.*

(2) Cpr. les remarques faites I p. 228 n. 4, I p. 235 n. 2 sur le procès de Tubulus.

(3) C'est ce que montrent les preuves citées plus loin.

de circonstance, elle est demeurée dans la suite la loi fondamentale en cette matière (1). La loi de Pompée sur le meurtre des proches n'a fait en substance, comme nous le montrerons plus loin, que modifier la peine. Quant aux dispositions des lois relatives à cette *quaestio*, nous y reviendrons à propos des règles de la procédure. (616)

Cas exclus de la procédure de meurtre.

Pour déterminer les éléments du crime de meurtre, il importe de grouper ici les cas dans lesquels l'homicide volontaire est permis par le droit (*jure*), ou tout au moins n'est pas regardé et puni comme meurtre.

L'esclave.

1. D'après la conception juridique originaire, exprimée dans la loi de Numa, l'esclave n'est pas considéré comme un homme, mais comme une chose. Le tuer n'est donc pas un meurtre (2) ; mais cet acte est puni comme dommage causé à la chose d'autrui, s'il atteint l'esclave d'une autre personne ; il n'est nullement réprimé par le droit pénal, si l'on tue son propre esclave (3). Cette conception se modifia dans la suite, lorsqu'on admit que le fait de tuer l'esclave d'autrui pouvait être poursuivi non plus seulement comme dommage causé au patrimoine d'autrui, mais aussi comme meurtre (4). Ce changement a difficilement été opéré par la loi de Sylla sur le meurtre, il a certainement été réalisé dans l'application postérieure de cette loi. — L'empereur Claude est le premier qui ait fait rentrer dans le champ d'application de la loi sur le meurtre la mise à mort

---

(1) La citation de la loi Julia sur le meurtre chez Suétone, *Ner.*, 33, est probablement une méprise.

(2) Loi de Numa (II p. 325 n. 1). Labéon concevait encore le meurtre de l'esclave non comme une violation de l'ordre public, mais seulement comme un délit privé (*Dig.*, 47, 10, 7, 1 avec l'explication donnée dans la Section du concours des délits).

(3) Denys, 7, 73 ; Plutarque, *Cat. Min.*, 21 et autres textes. Il arrive fréquemment que des esclaves coupables sont remis à leur maître pour qu'il les punisse à son gré.

(4) Ulpien, *Coll.*, 1, 3, 2 : *compescit* (*lex*) *eum qui hominem occidit nec adjecit, cujus condicionis hominem, ut et ad servum et peregrinum pertinere haec lex videatur.* Gaius, 3, 213 : *cujus servus occisus est, is liberum arbitrium habet vel capitali crimine reum facere eum qui occiderit vel hac lege* (*Aquilia*) *damnum persequi. Dig.*, 9, 2, 23, 9. 47, 10, 7, 1. 48, 8, 1, 2. Edit de Théodoric, c. 152,

de l'esclave par son propre maître, du moins lorsque celui-ci a fait mourir un esclave incapable de travailler (1). Plus tard, on recherche la cause pour laquelle le maître a fait tuer un esclave et l'action de meurtre peut être intentée, lorsque la mort a été ordonnée sans raison suffisante (2). Toutefois, la question de savoir ce qu'il faut entendre par raison suffisante est laissée à la libre appréciation du tribunal et il est certain que l'existence d'une pareille raison est admise en dehors des cas où la peine de mort est encourue d'après le droit pénal. Il y a toujours une raison suffisante, lorsqu'un esclave coupable a été
(617) condamné par le tribunal domestique, dont les pouvoirs ne devaient être limités par aucune restriction (3). Quant à la mise à mort de l'esclave par son maître en dehors de l'application de la discipline domestique, il est difficile qu'elle ait été comprise de bonne heure sous la notion de meurtre (4) ; cette réforme n'a vraisemblablement été opérée que par Constantin (5).

---

(1) Suétone, *Claud.*, 25.

(2) Gaius 1, 53 (= *Inst.*, 1, 8, 2) : *ex constitutione imp. Antonini* (le pieux) *qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur quam qui alienum servum occiderit.*

(3) Marcellus (*Dig.*, 45, 1, 96) et Ulpien (*Dig.*, 30, 53, 3) déclarent le maître, qui tue avec juste raison (*ob facinus, hoc est merentem*) un esclave aliéné ou légué, libre de toute obligation de dommages et intérêts vis-à-vis de l'acheteur ou du légataire et cette règle s'applique encore dans le droit de Justinien. Par suite, on considère encore au Digeste (29, 5, 6, 3) qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le sénatus-consulte Silanien à la tentative de meurtre commise par l'esclave sur son maître : *ipse enim in familiam suam potest animadvertere.*

(4) L'affirmation qu'Hadrien a déjà donné l'ordre aux propriétaires de ne plus tuer eux-mêmes les esclaves coupables, mais de les livrer aux tribunaux (*Vita Hadr.*, 18) n'est pas aisément conciliable avec les textes précédemment cités. Peut-être ce dernier texte vise-t-il surtout l'habitude qu'a le propriétaire de livrer l'esclave aux arènes (Gaius, 1, 13; *Dig.*, 18, 1, 42. 48, 8, 11, 1. 2), ce qui à vrai dire tendait à une mise à mort éventuelle. Or, même après Hadrien, une telle manière d'agir est encore permise au propriétaire sans aucune restriction (Gaius, 3, 146). Il est possible qu'Hadrien ait exhorté les propriétaires d'esclaves à livrer plutôt aux tribunaux les esclaves qui leur paraîtraient coupables, afin que ces derniers fissent l'objet d'une instruction pénale : mais il est difficile que cet empereur ait prescrit une répression au criminel du maître qui aurait tué son esclave sans juste raison.

(5) *C. Th.*, 9, 12, 1 (= *C. Just.*, 9, 14, 1) : *reus homicidii sit.* Une autre constitution également de Constantin, contenue au *C. Th.*, 9, 12, 2 ajoute

L'homme libre en puissance jouit, au regard des tiers, de la même protection juridique que l'homme pleinement libre, mais celui qui a la puissance sur lui le traite comme esclave, c'est-à-dire comme sa chose. Donc, si le détenteur de la puissance fait mourir la personne qui est sous son autorité, cet acte en lui-même ne rentre pas dans la notion de meurtre. Nous avons toutefois déjà exposé dans le livre I (I p. 19 sv.) qu'à l'époque historique cette déduction logique n'était admise que pour la puissance paternelle. Il a pu en être de même dans le très ancien droit pour la tutelle à raison du sexe sur les femmes *sui juris* non mariées; la femme *in manu* a été plus longtemps encore considérée à cet égard comme une fille en puissance; mais cette dépendance générale de la femme a disparu du droit romain tel que nous le connaissons. Par contre, le droit de vie et de mort de l'ascendant sur chacun des descendants en sa puissance (1), qui doit être regardé non comme un droit de répression, mais comme une émanation du droit de propriété, est pleinement reconnu à l'époque historique, sauf un léger adoucissement consistant en ce (618) que le père doit se comporter comme tel lorsqu'il exerce ce droit et en ce que, déjà sous la République, le père est puni comme meurtrier, lorsqu'il a recours à des embûches pour faire périr son fils (2). La loi des dernières années de la République sur le meurtre des proches, que nous mentionnerons plus loin, vise bien la mère, mais non le père (3). Ce droit de vie et

L'enfant en puissance.

à titre explicatif que la mise à mort de l'esclave, lorsqu'elle a lieu à la suite d'un jugement du tribunal domestique, ne doit pas être punie comme meurtre.

(1) Le pouvoir du père est rattaché à une loi royale (Papinien, *Coll.*, 4, 8; Denys, 2, 26). On sait en outre que la loi de l'adrogation porte que *vitae necisque potestas siet* au nouveau père sur le fils adrogé, *uti patri endo filio est* (Aulu-Gelle, 5, 19; Cicéron, *De domo*, 29, 77).

(2) La mise à mort du fils par le père *latronis magis quam patris*] *jure* (*Dig.*, 48, 9, 5; Orose, 5, 16) est un meurtre.

(3) Il faut reconnaître que la loi a aussi négligé dans ce cas de donner une formule précise; elle aurait dû mentionner également le père qui n'a pas la *patria potestas* et, en parlant du grand-père, aurait dû spécifier qu'il s'agissait du grand-père maternel. Cette confirmation tacite du

de mort du détenteur de la puissance paternelle est encore reconnu assez tard au cours de l'époque impériale, mais il est restreint et même plus tard supprimé en fait par les mœurs (1); Constantin fut le premier à interdire expressément au père de mettre à mort son fils en puissance (2). — Le droit qui appartient au père de ne pas élever le fils qui vient de lui naître, mais de le tuer ou de l'exposer à la mort,
(619) n'est — à côté de l'obligation que lui imposaient les mœurs primitives de mettre à mort l'enfant venu au monde difforme (3) — qu'une application du pouvoir général de vie et de mort du père (4). Lorsqu'on parle de prétendues lois roya-

---

pouvoir de vie et de mort du père vise moins l'exercice de la discipline domestique que le droit d'exposer les enfants.

(1) Valère Maxime, 5, 8, 5 relate l'exécution d'un complice de Catilina en vertu d'une sentence rendue par le père du coupable. Le tribunal domestique, tenu sous Auguste en 738/16 par le consul L. Tarius Rufus (Sénèque, *De clem.*, 1, 15), nous montre le droit du père en plein exercice. Hadrien ne punit le père qui tue son fils adultère que parce que ce père s'est servi d'embûches pour faire périr son fils (*Dig.*, 48, 9, 5). Il est indubitable que les abus de ce pouvoir du père ont été, comme tout abus de la puissance paternelle, réprimés par voie extraordinaire (*Dig.*, 37, 12, 5) et Alexandre Sévère exige déjà pour la répression de crimes graves commis par un fils de famille le concours du père et de l'autorité compétente (*Cod.*, 8, 46, 3 : *eum praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris*). On peut conclure de là qu'on considérait déjà avant Constantin comme un abus de la puissance paternelle le fait de mettre son fils à mort sans procès, celui-ci fût-il coupable ; mais si l'ancien pouvoir du père avait été expressément supprimé avant Constantin, nos sources le diraient.

(2) *C. Th.*, 9, 15, 1 (= *C. Just.*, 9, 17, 1; *Inst.*, 4, 18, 6) de 318. Si une constitution de 323 (*C. Th.*, 4, 8, 6 = *C. Just.*, 8, 46, 10) mentionne encore dans un exposé historique l'ancien pouvoir du père, il n'y a là qu'une négligence de rédaction qui a disparu dans le Code de Justinien. Le passage attribué à Ulpien aux *Dig.*, 48, 8, 2 : *inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet* et la déclaration mise sous le nom de Paul au *Dig.*, 28, 2, 11 : (*filios familias*) *et occidere licebat* n'ont peut-être reçu la rédaction actuelle que dans la compilation de Justinien ; Papinien (*Coll.*, 4, 8) traite le pouvoir de vie et de mort du père comme existant encore.

(3) Cicéron, *De leg.*, 3, 8, 19 = Loi des XII Tables, 4, 1 ed. Schöll [id. Girard] : *cum esset cito necatus* (*legatus* dans le ms., *leto datus* : Orelli) *tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer.* Tite-Live, 27, 37. Auguste ordonna de la même manière l'exposition d'un petit-fils qu'il estimait adultérin (Suétone, *Aug.*, 65).

(4) L'exposition est considérée d'une façon absolue et avec raison comme

les qui limitaient aux filles, à l'exclusion de la première née, la faculté pour le père d'exposer son enfant et qui menaçaient tout contrevenant de la perte de la moitié du patrimoine (1), il ne peut s'agir là que de prescriptions religieuses avec fixation d'une amende pontificale; une pareille règle ne concorderait pas avec le droit laïque : il est tout à fait impossible non seulement de prouver qu'elle ait été pratiquement appliquée, mais les sources nous présentent même le droit d'exposer l'enfant comme reconnu d'une façon absolue au profit du père (2). Si nous voulons fixer le rapport existant entre le droit d'exposition et le pouvoir général de vie et de mort, nous pouvons dire que les mœurs ont accordé au père le droit d'exposer son enfant en bas âge, mais n'ont approuvé la mise à mort de l'enfant qu'en cas de raison suffisante, c'est-à-dire par conséquent pour un âge avancé. En outre, le premier de ces droits ne s'est peut-être exercé que sur les enfants (620)
issus du mariage et le second sur les enfants en la puissance

---

une mise à mort éventuelle et lui est assimilée. Paul, *Dig.*, 25, 3, 4 : *necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.* Tertullien, *Ad Nat.*, 1, 15. Les Romains ne considèrent pas l'exposition comme un crime spécial.

(1) Denys, 2, 15 : (Romulus)εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκήτορας... ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτιννύναι δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς πλὴν εἴ τι (on attend πλὴν νεωτέρου τριετοῦς· εἰ δὲ τι) γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς· ταῦτα δ' οὐκ ἐκώλυσεν ἐκτιθέναι τοὺς γειναμένους ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν ἐὰν κἀκεῖνοις συνδοκῇ. Tertullien, *Ad. Nat.*, 1, 15 se rapporte vraisemblablement à cette loi royale : *infantes editos enecantes legibus quidem prohibemini, sed nullae magis leges tam impune, tam secure sub omnium conscientia unius ae*[*tatis*] *tabellis* (c'est-à-dire au moyen de la condamnation à mort déterminée simplement par l'âge) *eluduntur... atque hoc asperius, quod frigore et fame aut bes*[*tiis obici*]*tis aut longiore in aquis morte submergitis.*

(2) Sénèque, *De ira*, 1, 15 : *portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrosique sunt, mergimus.* L'exposition est souvent (Dion, 45, 1; Suétone, *Gai.*, 5 et ailleurs) mentionnée comme si elle dépendait uniquement de la volonté du père. Tacite signale parmi les singularités des juifs (*Hist.*, 5, 5) et des Germains (*Germ.*, 19) qu'ils s'abstenaient de faire périr les enfants. Lactance, *Inst.*, 6, 20 ne blâme la coutume de l'infanticide qu'au point de vue moral. Dans les compilations, on a manifestement supprimé les textes qui déclaraient expressément que l'exposition des enfants n'était pas contraire à la loi de Pompée.

du père. L'obligation pour les parents de fournir des aliments à leurs enfants, qui s'est dégagée dans le droit postérieur, a difficilement porté atteinte au droit pour le père d'exposer son enfant (1).

Il est douteux que la constitution de Constantin, mentionnée (II p. 332 n. 2) se soit appliquée à l'exposition des enfants ; une constitution de Valentinien I de 374 (2) a tout simplement fait rentrer dans la notion de meurtre la mise à mort d'un enfant impubère.

Légitime défense.

3. Celui qui, mis en état de légitime défense (3) par une attaque dirigée contre sa vie (4) ou sa chasteté (5), tue son agresseur, n'encourt aucune peine. D'après le droit des XII Tables, il y a péril pour la vie dès qu'il y a attaque contre le bien d'autrui, pourvu que celle-ci ait lieu la nuit ou que l'agresseur résiste à main armée et à condition que dans les deux cas la personne attaquée appelle au secours (6). Le droit ré-

---

(1) L'obligation de fournir des aliments qui incombe au père vis-à-vis de son enfant légitime (*Dig.*, 25, 3, 1, 14) et de la mère vis-à-vis de l'enfant né hors mariage (*Dig.*, 25, 3, 5, 4) est reconnue dans les sources et ces mesures ont pu être en partie provoquées par la tendance à réagir contre des cas d'exposition moralement inexcusables ; mais il n'y a pas de créance du droit civil de ce genre et lorsque l'exposition est provoquée par la pauvreté du père, on ne peut opposer à ce dernier son devoir de fournir des aliments.

(2) *C. Th.*, 9, 14, 1 = *C. Just.*, 9, 16, 7. Comme correctif, on permet l'aliénation des enfants nouveaux nés (*C. Th.*, 5, 8, 1 = *C. Just.*, 4, 43, 2).

(3) *Dig.*, 1, 1, 3 : (*jus gentium est*) *ut vim atque injuriam propulsemus.* L'expression *inculpatae tutelae moderatio* (*Cod.*, 8, 4, 1) n'a pas de valeur technique chez les Romains.

(4) Gordien, *Cod.*, 9, 16, 2 : *is qui adgressorem vel quemcumque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet.* Edit de Théodoric, 15. 16. Cicéron, *Pro Mil.*, 4, 11 : *silent leges inter arma.* Quintilien, 5, 14, 19 et suiv. Paul, 5, 23, 8. *Cod.*, 9, 16, 3.

(5) *Dig.*, 48, 8, 1, 4 : *divus Hadrianus rescripsit eum qui stuprum sibi vel suis per vim inferentem occidit, dimittendum.* Paul, 5, 23, 8. On cite fréquemment l'exemple de Marius acquittant dans un tribunal martial un soldat qui avait tué un officier pour ce motif. (Plutarque, *Mar.*, 14, *apophth. Mar.*, 3. Cicéron, *Pro Mil.*, 4, 9, avec les scolies p. 299. Val. Max., 6, 1, 12. Quintilien, 3, 11, 14).

(6) Loi des XII Tables, 8, 11. 12, chez Schöll (où sont groupées de nombreuses citations) [Girard, 8, 12. 13] : *si nox furtum faxit, si im* (= *eum*) *occisit, jure caesus esto ; luci, si se telo defendit, endoque plorato.*

cent a laissé tomber ces présomptions juridiques de danger de mort et confié au tribunal saisi de l'affaire le soin de décider si ce danger a existé ou non (1). En cas de simple violence ou d'*injuria*, il est bien permis d'opposer la violence à la violence; (621)
mais celui qui tue son adversaire dans ces conditions n'échappe à la peine qu'en prouvant que sa vie a été menacée (2). — On assimile à sa propre défense l'assistance prêtée à une personne qui exerce une défense légitime ou l'aide donnée dans des cas où il y aurait eu légitime défense (3). Sont même tenus de prêter cette assistance ceux qui sont unis à la personne attaquée par des liens d'une fidélité particulière, par exemple le soldat vis-à-vis de son officier (4), l'esclave vis-à-vis de son maître (5) et aussi les proches de la femme, ses enfants, ses parents, ses frères et sœurs, ses tuteurs lorsqu'on attente à sa chasteté (6) : toutes ces personnes restent impunies comme l'eût été la personne attaquée elle même, si elles ont tué l'agresseur. En tout cas, il n'y a de légitime défense qu'en cas de mal menaçant; elle est impossible en présence du fait accompli et l'acte de vengeance est punissable (7). Toutefois la décadence profonde de la sécurité publique au Bas-Empire provoqua en 391 une constitution qui permettait à toute personne de tuer sans con-

---

(1) Ulpien, *Dig.*, 48, 8, 9 : *furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit*; en outre, avec des explications plus détaillées et aussi contrairement à la disposition de la loi des XII Tables tombée en désuétude, *Coll.*, 7, 3 = *Dig.*, 9, 2, 5, texte d'après lequel le fait de tuer un esclave dans un tel cas rend possible l'action civile et l'action criminelle. Paul, *Coll.*, 7, 2. *Inst.*, 4, 3, 2 : *qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest.*

(2) La blessure corporelle causée intentionnellement dans ce cas est même un délit (*Dig.*, 9, 2, 52, 1). Cpr. du reste les remarques faites sur la légitime défense à propos de la violence et de l'injure.

(3) *Dig.*, 1, 1, 3. Il faut également étendre cette règle au cas où la personne attaquée ne peut pas se défendre elle-même, par exemple au cas où l'on empêche la mise à mort d'un enfant.

(4) *Dig.*, 49, 16, 6, 8. 9.

(5) *Dig.*, 29, 5, 1, 18 : *totiens puniendi sunt servi, quia auxilium domino non tulerunt, quotiens potuerunt ei adversus vim opem ferre et non tulerunt.*

(6) *Dig.*, 48, 8, 1, 4 (II p. 334 n. 5). *Cod.*, 9, 13, 1, 1.

(7) *Dig.*, 9, 2, 45, 4. 43, 16, 3, 9.

damnation préalable le soldat ou le particulier qu'on surprenait se livrant au brigandage (1).

Droit de la guerre.

4. L'ennemi, privé de toute protection juridique, peut, d'après le droit de la guerre, être tué par tout soldat, même s'il est hors d'état de se défendre, qu'il se trouve ou non sur le territoire romain. Cette règle signifie qu'un tel acte ne peut être rangé dans la catégorie du meurtre. La question de savoir dans quelle mesure cet acte peut être contraire à la discipline générale des camps ou au commandement militaire spécial auquel ce soldat est soumis n'appartient pas au droit pénal.

Meurtres commis à l'étranger. (622)

5. Le meurtre commis hors des frontières de l'État romain et des cités alliées ne rentre pas dans la compétence des tribunaux romains, à la condition qu'il n'atteigne pas un citoyen romain ou un client de Rome. Il en est ainsi, même lorsque l'acte ne se justifie pas par les fonctions militaires de celui qui l'accomplit (I p. 121 sv.). A l'époque primitive, comme Rome était, pour la race latine unie par les liens d'une alliance nationale éternelle, la ville frontière du côté des Etrusques, membres d'une race différente, il est certain qu'il y eut et qu'on autorisa fréquemment des incursions à titre privé au delà du Tibre, pourvu qu'il n'y ait pas dans ces actes de faute contre la discipline militaire.

Absence de protection juridique d'après l'ancien droit.

6. A l'intérieur des frontières romaines, abstraction faite de la vengeance privée applicable seulement au sein d'un État organisé par tribus, la répression du meurtre par l'État n'a eu vraisemblablement lieu au début qu'autant que la victime avait un droit personnel à la protection juridique, soit à raison de son droit de cité romaine, soit en vertu d'un traité passé entre Rome et sa cité d'origine et dont le principal exemple fut l'alliance éternelle des Latins et des Romains qui garantissait aux sujets de toutes les cités alliées la protection juridique accordée par une cité quelconque à ses propres sujets. L'inviolabilité des ambassadeurs étrangers a sans doute

(1) *C. Th.*, 9, 14, 2 = *C. Just.*, 3, 27, 1. *Cod.*, 3, 27, 2.

été au début une exception à la privation générale de toute protection juridique dont souffraient les individus qui n'avaient pas la qualité de citoyen romain ou un statut personnel reconnu par Rome. Toutefois, cette absence de droit et l'obligation qu'elle entraîne de tenir compte du droit personnel particulier à chacun furent déjà supprimées à l'époque qui pour nous est préhistorique ; cette réforme fut réalisée grâce à l'extension de la protection juridique que la cité romaine accorda à tout étranger séjournant sur son territoire, abstraction faite du droit personnel de cet étranger, ou pour nous servir des termes même des Romains, elle résulta de ce qu'on garantit à tout étranger le toit, l'eau et le feu (1); le droit pénal public n'exigeant pas encore d'accusateur, l'inquisition du magistrat fournit le fondement juridique nécessaire à cette innovation (2). Depuis lors, le fait de tuer sur le territoire romain, soit un homme libre d'après l'ancien droit, soit un homme quelconque d'après le droit récent, fut considéré comme une atteinte à la (623)
paix publique et l'inviolabilité des ambassadeurs étrangers garantie par le droit public ne fut que l'expression de ce fait que l'État se considérait comme obligé au plus haut degré de réprimer de pareilles atteintes. — C'est toutefois un principe que la protection juridique dont jouit le non citoyen sur le territoire romain ne s'étend pas, d'une part, aux sujets d'un État en guerre avec Rome, d'autre part, aux non citoyens qu'une sentence d'un tribunal romain a privés de la communauté de l'eau et du feu. Il en résulte indubitablement que non seulement tout soldat en service, mais même tout citoyen, a le droit

Absence de protection juridique pour l'ennemi d'après le droit récent.

(1) L'interdiction personnelle du toit, de l'eau et du feu (I p. 82 et sv.), dans son application originaire aux non-citoyens en disgrâce, exige comme contre-partie l'admission générale sur le territoire romain de tout étranger qui n'a pas encouru la privation de cette protection juridique.

(2) Il était également impossible en pratique que l'établissement de la condition personnelle et que la protection juridique qui devait s'y rattacher ou non dépendissent du bon plaisir individuel. De même que l'action de vol du droit privé appartient à tout non-citoyen sous la fiction qu'il est citoyen romain (*St. R.*, 3, 606, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 224, n. 2]), de même on accorde d'une manière générale à tout non-citoyen la protection du droit.

de tuer celui qu'on reconnait être un ennemi, notamment l'espion. Mais on a peine à croire que la déclaration de guerre privât de toute protection juridique les sujets de l'État ennemi ; il est vraisemblable que tous, même ceux qui étaient sans armes, pouvaient être traités comme prisonniers de guerre, mais ne pouvaient pas être tués sans un ordre du magistrat. Quant à la privation de toute protection juridique dont souffre le non citoyen interdit (1) qui rentre sur le territoire romain, c'est-à-dire qui est en rupture de ban, elle se confond avec l'appel public à l'exécution populaire de la condamnation à mort dont nous parlerons dans le Livre suivant à propos de la peine de mort.

Absence de protection juridique pour la personne en rupture de ban.

Déserteur.

7. Le déserteur est assimilé à l'ennemi. Non seulement son acte lui fait perdre le droit de cité et lui laisse moins de chances d'être grâcié que n'en a l'ennemi lui-même (II p. 244); mais, du moins dans le cas habituel, c'est-à-dire lorsqu'il est surpris et saisi les armes à la main, on n'exige pas aussi rigoureusement pour lui que pour tout autre *perduellis* une constatation spéciale de l'acte coupable et toute personne peut, sans violation de droit, tuer le déserteur, en quelque lieu et de quelque manière qu'elle le rencontre, comme s'il s'agissait d'un espion ennemi (2). Par contre, si le fait de la désertion n'est pas notoire et est contesté, il n'est pas non plus permis de tuer le prétendu déserteur sans un procès et un jugement préalables.

(624)

Exécution capitale.

8. La prononciation d'une condamnation à mort par le magistrat dans une procédure judiciaire est ordonnée par la loi et n'entraîne par conséquent aucune peine. Il faut considérer comme prononcée par un magistrat toute condamnation à

---

(1) Le plus souvent l'interdiction frappe d'anciens citoyens romains, mais il n'y a pas là une condition essentielle de l'institution. La condition personnelle de l'interdit est indifférente, dès que celui-ci n'appartient pas au groupe des citoyens romains; la cité romaine a toujours eu le droit d'interdire sous une peine l'entrée de son territoire à des sujets isolés d'une cité qui lui était unie par les liens d'un traité.

(2) *Dig.*, 48, 8, 3, 6 : *transfugas licet, ubicumque inventi fuerint, quasi hostes interficere.*

mort rendue par un organe que la constitution a investi de la juridiction capitale, ou aussi par des tribuns de la plèbe (1), ou par des délégués du pouvoir impérial, bien que ni les tribuns de la plèbe, ni les fonctionnaires impériaux ne soient des magistrats. — La loi ne permet pas et n'ordonne pas seulement de condamner à mort, elle en fait autant pour l'exécution de cette peine, que celle-ci ait lieu par le juge lui-même, par ses *officiales* ou autres mandataires. Quant à ces derniers, l'ordre reçu les couvre, même s'il a été donné illégalement, et la question de savoir si l'extension de cette règle au tribun du peuple doit être admise ou non est l'une des controverses qui divisent les deux grands partis politiques de Rome (2). — Dans quelle mesure l'exécution d'une condamnation à mort peut-elle être poursuivie en droit, de telle façon que toute personne soit appelée à exécuter cette condamnation par tout moyen à sa disposition; en d'autres termes, les lois romaines admettent-elles l'exécution populaire comme une forme juridique d'exécution, c'est une question que nous examinerons dans le prochain Livre à propos des formes de la peine de mort.

Mise à mort de l'épouse adultère et de son complice.

9. La loi d'Auguste sur le mariage, suivant vraisemblablement en cela une vieille coutume, a formulé le droit pour le père de tuer sa fille surprise en flagrant délit d'adultère dans sa maison ou dans celle de son gendre (3). Mais il faut peut-être considérer comme une des aggravations de peine ajoutées par cette loi la déclaration d'impunité faite au profit du père

(1) Cpr. le Livre suivant. L'exécution tribunitienne n'est ni un sacrifice, ni un meurtre (Festus, p. 318 : *neque fas est eum immolari, sed qui occidit parricidi non damnatur*).

(2) La *Rhet. ad Her.*, 1, 15, 25 cite cette question comme une controverse juridique et y fait allusion à propos du tribun de la plèbe, P. Sulpicius, tué en 666/88 sur l'ordre des consuls. Elle se posa de nouveau dans le procès contre Rabirius.

(3) Paul, *Coll.*, 4, 2. Papinien, *Coll.*, 4, 7, 1. *Dig.*, 48, 5, 21-25. Il est dans l'ordre qu'en cas de délit notoire le tribunal domestique ne fonctionne pas. La loi ne parlait que de la femme en puissance du père ou du mari; l'extension de cette disposition à la fille émancipée (*Coll.*, 4, 2, 4) repose sur une correction du texte et est contredite par *Coll.*, 4, 7, 1; elle ne doit toutefois pas être rejetée, car la femme en puissance du mari et la fille émancipée sont dans une situation identique vis-à-vis du père.

qui tue le complice de sa fille, lorsqu'il frappe en même temps les deux amants (1) ; du moins, cette disposition est en contra-
(625) diction avec l'essence même des pouvoirs du chef de la *domus*. — Primitivement, le mari a vraisemblablement eu aussi le droit de tuer l'épouse coupable d'adultère (2); la législation d'Auguste le lui refusa (3) et Justinien fut le premier à le lui restituer avec certaines restrictions d'ailleurs (4). La loi d'Auguste permet au mari de tuer le complice de sa femme, mais non pas celle-ci, lorsque cet homme est esclave, lorsqu'il est affranchi du mari ou du père ou du fils du mari ou lorsqu'il est noté d'infamie (5).

Le droit romain développé n'admet pas qu'une personne soit privée de toute protection juridique.

Le droit romain développé n'admet donc pas que la condition d'une personne puisse la priver de toute protection juridique. La notion de meurtre s'étend désormais à l'esclave sans maître et vraisemblablement aussi au sujet d'un État en guerre avec Rome, lorsque cet individu ne fait pas d'acte d'hostilité. La procédure contre l'interdit est, d'une part, au point de vue des conceptions juridiques, une exécution populaire de la sentence rendue ; elle est, d'autre part, selon toute apparence, plutôt la conséquence juridique nécessaire d'un raisonnement logique qu'une institution pratique. Si dans la perduellion où les conséquences juridiques du crime s'attachent à l'acte lui-même et non au jugement, on substitue pour la constatation du crime l'arbitraire individuel à un jugement, comme l'ont fait les meurtriers de César (II p. 251), ce prétendu acte de justice n'est au fond qu'un forfait.

A l'exception des cas que nous venons de citer, l'homicide vo-

---

(1) Papinien, *Coll.*, 4, 9, 1. Paul, *Coll.*, 4, 2, 5. 6. c. 12. *Dig.*, 48, 5, 24, 4. l. 33 *pr.* C'est un thème cher aux rhéteurs : Quintilien, 3, 11, 7. c. 5, 17 tit. 10, 39. 52. 88. 104. l. 7, 1, 7.

(2) Caton chez Aulu-Gelle, 10, 23 : *in adulterio uxorem tuam si prehendisses, sine judicio impune necares.* Il est difficile de restreindre la portée de cette règle à la femme *in manu mariti*, surtout parce que les règles de la discipline domestique ne permettent pas au mari de tuer sa femme.

(3) Paul, *Coll.*, 4, 3, 1. c. 10, 1. *Dig.*, 48, 5, 23, 4.

(4) *Nov.*, 117, 15.

(5) Paul, *Coll.*, 4, 3, 1. c. 12, 3. *Dig.*, 48, 5, 25. l. 39, 9. l. 43. *Cod.*, 9, 9, 4.

lontaire est puni comme crime de meurtre. — La condition personnelle du coupable est sans importance pour la fixation de la notion juridique ; celle ci s'applique à l'homme libre comme à l'esclave (1). Il va de soi que ce dernier peut aussi être puni par son maître à raison du crime de meurtre ; mais aucune action noxale ne peut être intentée contre le maître à raison d'un meurtre d'homme libre commis par son esclave, parce que le droit romain n'admet pas dans ce cas d'action civile (2).

Seul, l'acte intentionnel tombe sous le coup de la loi Cornélia (3) et il ne sera traité que de lui seul dans cette Section. La mort donnée par faute, mais sans intention mauvaise, et l'incendie allumé par faute seront examinés dans la Section relative aux dommages causés à la chose d'autrui, bien que la jurisprudence romaine, sans faire rentrer ces cas dans le domaine de la loi Cornélia, en tienne cependant compte à propos de cette loi. Le motif du crime n'entraîne, en outre, aucune différence pour sa notion ; même la mort donnée par compassion, par exemple lorsque le médecin pour mettre fin aux souffrances de son malade le fait mourir, présente tous les éléments du crime. Naturellement, les différences que la diversité de motifs fait surgir au point de vue moral ont maintes fois influencé les juges : soit les magistrats, soit le peuple, soit les jurés, non seulement dans la question de culpabilité, mais aussi dans la fixation de la peine lorsque le droit eut donné aux juges une certaine liberté d'appréciation en cette matière ; toutefois les sources juridiques que nous possédons n'abordent pour ainsi dire pas ce sujet (4). On reconnaît cependant

(626) *Dolus.*

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 148 : *omnes viri mulieres liberi servi in judicium vocantur.*

(2) Le texte, *Dig.*, 9, 4, 2, *pr.*, doit être rapporté à la mise à mort d'un esclave.

(3) Loi de Numa (II p. 325 n. 1) : *dolo sciens. Dig.*, 48, 8, 7 : *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.* Ce principe est formulé dans la *Rhet. ad Her.*, 2, 16 ; le défenseur fait valoir contre l'accusation *voluntatem in omnibus rebus spectari oportere, quae consulto facta non sint, ea fraudi non esse oportere.*

(4) On peut citer, comme preuve caractéristique de la routine apportée dans la construction du droit pénal romain, le fait que le meurtre de

que l'absence de préméditation produit une atténuation de la peine (1); il en est ainsi notamment pour l'emportement justifié du mari contre sa femme adultère (2) et contre le complice de celle-ci (3). Le consentement de la victime ne supprime pas le délit, car l'acte accompli est une violation de la loi de l'État (4); mais cette circonstance entraîne aussi une diminution de la peine.

(627) Tentative. La manifestation de l'intention de tuer — l'intention de blesser ne peut être considérée comme meurtre — suffit pour qu'il y ait crime, bien que le résultat voulu n'ait pas été atteint (5) et même lorsque le moyen employé dans ce but était

---

l'enfant par la mère, dans le seul texte où il apparaît (*Dig.*, 48, 9, 1 ; cpr. *C. Th.*, 9, 14, 1 = *C. Just.*, 9, 16, 7), est simplement rangé dans la catégorie du meurtre d'un proche.

(1) Marcien, *Dig.*, 49, 19, 11, 2 : *delinquitur aut proposito aut impetu aut casu : proposito delinquunt latrones, qui factionem habent; impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur; casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit.* La peine sera donc diminuée, lorsque la mort aura été donnée au cours d'une rixe (*rixa*) : *Coll.*, 1, 7, 2 = *Dig.*, 48, 8, 17.

(2) *Coll.*, 4, 12, 4 = Paul, 3, 26, 5. *Coll.*, 4, 10. *Dig.*, 48, 5, 39, 8. tit. 8, 1, 5. On indique comme peine pour les personnes de condition élevée la relégation à temps et pour les personnes de condition moindre les travaux forcés.

(3) *Cod.*, 9, 9, 4.

(4) Cela se révèle notamment dans la manière dont l'esclave est traité en cas de suicide du maître (II p. 346 n. 6). On rencontre aussi la même conception dans les affaires d'avortement et dans d'autres cas.

(5) La loi de Numa (II p. 325 n. 1) parle à vrai dire du crime consommé et s'il est vrai qu'il s'agisse là de la vengeance privée, il est naturel que celle-ci se restreigne au cas où le méfait a été pleinement accompli; il est au contraire irrationnel que la communauté qui punit le meurtre laisse la tentative de meurtre impunie. Marcien, *Dig.*, 48, 9, 1 : *ejus legis (Pompeiae de parricidiis) poena adficitur... qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare. Dig.*, 48, 8, 7, *pr.* : *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur.* Hadrien, *Coll.*, 1, 6, 1 (= *Dig.*, 48, 8, 1, 3) : *qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur. Dig.*, 47, 10, 7, 1. Constitution de l'an 385 (*Cod.*, 9, 16, 8) : *si forte mulier marito mortis parasse insidias vel quolibet alio genere voluntatem occidendi habuisse inveniatur.* Paul, 5, 23, 3 : *consilium unius cujusque, non factum puniendum est. Ideoque qui cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur.* Hadrien, *Dig.*, 48, 8, 14 : *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.* Sénèque, *De benef.*, 5, 14 : *latro est etiam antequam manus inquinet, quia ad occidendum jam animatus est et habet spoliandi atque interficiendi voluntatem.* C'est pourquoi la ligne de démarcation entre la blessure et la mort qui

mauvais (1). A vrai dire, on tint compte plus tard de l'échec pour diminuer la peine (2). En cas de crime commis par des bandits et en cas de *veneficium*, on fait tomber sous le coup de la loi, comme nous le montrerons plus loin, beaucoup d'actes préparatoires.

Complicité.

Les complices sont traités avec rigueur; on assimile à l'auteur du crime non seulement l'instigateur (3), mais aussi celui qui donne son aide à l'accomplissement de l'acte et celui qui prête son concours même simplement après l'acte (4).

(628)

Différentes catégories de délits d'après la loi sur le meurtre

La *quaestio* compétente pour les affaires de meurtre embrasse un cercle de délits beaucoup plus étendu que celui des autres *quaestiones*. On peut, pour l'exposé des éléments du crime, distinguer les six catégories suivantes :

1. Mort violente et vol sur les grands chemins;
2. Abus de la procédure capitale;
3. *Veneficium* et délits apparentés ;
4. Meurtre de sorcellerie et magie;

---

est soigneusement déterminée en droit civil (*Dig.*, 9, 2, 11, 3. l. 15, 1. l. 30, 4. l. 51 *pr.*), n'est pas prise en considération en droit pénal.

(1) Sénèque, *Dial.* 2, *nec injur.* c. 7 : *aliquis mihi venenum dedit, sed vim suam remixtum cibo perdidit, venenum illud dando sceleri se obligavit, etiamsi non nocuit. Non minus latro est, cujus telum opposita veste elusum est.* Le même, *De benef.*, 5, 13 : *veneficus qui soporem, cum venenum crederet, miscuit.* Chez Apulée, *Met.*, 10, 11. 12, l'empoisonneuse trompée par la substitution au poison d'un simple narcotique est punie comme coupable d'empoisonnement.

(2) *Dig.*, 48, 19, 16, 8 : *eventus ut spectetur, a clementissimo quoque factum.*

(3) Ulpien, *Dig.*, 48, 8, 15 : *nihil interest occidat aliquis an causam mortis praebeat. Coll.*, 1, 3, 1. *Dig.*, 9, 4, 2 *pr.* Application au *mandator caedis* : Paul, 3, 5, 12. *Dig.*, 29, 5, 6 *pr.* l. 17. *Cod.*, 6, 35, 6; il en est de même pour le *parricidium* : *Dig.*, 48, 9, 7. La distinction formelle que le droit civil fait entre la mort donnée directement et celle qui l'est indirectement (*Dig.*, 9, 2, 7, 6. l. 51 *pr.*), n'existe pas en droit pénal. Evidemment, celui-là seul qui poursuit la mort d'autrui peut être puni comme instigateur et non pas celui qui la cause involontairement (Cicéron, *Phil.*, 9, 3, 7; Quintilien, 7, 3, 31 suiv. c. 4, 42 suiv.).

(4) Par exemple, *Dig.*, 29, 5, 3, 12 : *si quis quem...servum..., qui ejus facinoris noxius erit, receperit vel celaverit sciens dolo malo, in ea causa est ac si lege quae de sicariis lata est facinoris noxius fuerit.* On traite comme complicité, du moins dans le *parricidium*, le fait d'avoir su que le délit s'accomplissait (*Dig.*, 48, 9, 6; un peu différemment, 48, 9, 2).

5. Meurtre d'un proche ;

6. Incendie allumé par malveillance et crime commis à l'occasion d'un naufrage.

Bien que tous ces délits se ramènent pour ainsi dire à l'idée qu'une vie humaine a été détruite ou mise en danger par dol et bien que leur groupement ne repose pas uniquement sur l'identité de la cour judiciaire chargée de les juger, il n'y a toutefois pour eux ni notion globale, ni terme générique. Deux causes ont dû contribuer à la réunion de ces crimes à vrai dire disparates : ce fut, d'une part, comme nous l'avons déjà signalé (II p. 328), la vieille coutume de renvoyer aux questeurs pour meurtre tous les procès capitaux qui ne rentraient pas dans la perduellion et, d'autre part, le sectionnement propre à la *quaestio* de meurtre et dont nous parlerons à propos des règles de procédure. Nous n'avons même pas ici comme pour toutes les autres *quaestiones* une loi constitutive unique : la loi fondamentale est pour les quatre premiers cas et le sixième la loi Cornélia, elle est une loi de Pompée pour le cinquième. La loi Cornélia elle-même a dans la langue technique un nom double et les deux crimes de meurtre commis par des bandits et de *veneficium* qui apparaissent dans ce nom sont toujours, dans la science postérieure du droit, considérés et comptés comme deux crimes distincts (1).

1. Meurtre avec violence et Vol de grand chemin (*crimen inter sicarios*).

(629) Meurtre avec violence.

La loi de Sylla, s'écartant des lois antérieures, vise en première ligne celui qui porte des armes hors de chez lui ou qui

(1) Les constitutions d'amnistie du IVe siècle (*C. Th.*, 9, 38 et *Const. Sirm.*, 7. 8) séparent sans exception *homicidium et veneficium* (de même Constantin *C. Th.*, 3, 16, 1) et les comptent comme deux délits distincts parmi les cinq délits les plus graves ordinairement énumérés (*C. Th.*, 9, 38, 2. *Sirm.*. 7. 8). Ulpien, *Dig.*, 48, 20, 3, compte les lois sur le meurtre, le *veneficium* et le *parricidium* comme trois lois différentes et une loi de Valens (*C. Th.*, 9, 19, 4) parle également de la *lex Cornelia de veneficis sicariis parricidis*. Une des constitutions d'amnistie (*C. Th.*, 9, 38, 6) nomme aussi le *parricidium* à côté du meurtre et du *veneficium*.

poste des hommes armés dans l'intention d'attenter à la personne ou à la chose d'autrui (1). Donc, tandis que toute violence à main armée tombe sous le coup de la loi, même lorsque l'intention de faire usage des armes n'est pas établie autrement que par le port des armes lui-même (2), cette loi ne frappe pas le simple meurtrier, comme le faisaient vraisemblablement les lois anciennes sur le meurtre, elle ne s'applique qu'au sicaire (*sicarius*) (3) et au bandit (*latro*) (4). Il en résulte que le meurtre commis dans la maison du meurtrier n'était (630)

(1) Ulpien, *Coll.*, 1, 3, 1 : *capite primo legis Corneliae de sicariis cavetur, ut... praetor... quaerat... de capite ejus, qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa.* Paul, 5, 23, 1 : *lex Cornelia poenam... infligit ei qui hominem occiderit ejusve rei causa furtive faciendi cum telo fuerit. Cum telo esse* (Cicéron, *Pro Mil.*, 4, 11 : *lex... non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat*; *ad Att.*, 2, 24, 3; Saturninus, *Dig.*, 48, 19, 16, 8; Paul 5, 23, 1 = *Coll.*, 1, 2, 1 = 8, 4, 1) ou *cum telo ambulare* (Ulpien, *Coll.*, 1, 3, 1; Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1 *pr.*; *Cod.*, 9, 16, 6; *Inst.*, 4, 18, 5) est le terme caractéristique. Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 6, 19, indique comme également punissables le meurtre et la prise des armes dans l'intention de tuer : *cum telo (esse) occidendi hominis causa.* Salluste, *Cat.*, 27, 4, pense également à la loi Cornélia sur le meurtre.

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 3, 4 : *is cujus familia sciente eo apiscendae recuperandae possessionis causa arma sumpserit, item qui auctor seditionis fuerit.* Le dernier délit rentre aussi parmi les crimes de lèse-majesté (II p. 263 sv.).

(3) *Sicarius*, de *sica* = stylet, désigne littéralement le sicaire, mais dans l'usage du langage il s'applique à tout meurtrier qui emploie la violence : *per abusionem*, dit Quintilien, 10, 1, 12, *sicarios etiam omnes vocamus, qui caedem telo quocumque* (cpr. *Dig.*, 48, 6, 11, 2) *commiserunt.* A proprement parler, cette définition est encore trop étroite; car la notion comprend aussi le meurtre par violence résultant de ce qu'on a précipité sa victime d'une hauteur, de ce qu'on l'a égorgée ou noyée; on lui oppose le meurtre par empoisonnement. Du reste, cet usage du langage n'a pas d'importance au point de vue juridique; car, au moins dans l'application de la loi, aucune conséquence ne se rattache à cette particularité.

(4) Le mot *latrones* (aussi *latrunculi, praedones*), emprunté au grec λάτρις = mercenaire (Varron, 7, 52), désigne les bandits armés et réunis en troupes; ceux-ci ne se distinguent des *hostes* qu'au point de vue politique (*Dig.*, 50, 16, 118). *Grassator* est le voleur de grand chemin armé, il est assimilé au *latro* au point de vue du droit pénal (*Dig.*, 48, 19, 28, 15). L'ancien droit ne traite ces délits que comme *furtum*; c'est pourquoi Cicéron, *Pro Tullio*, 21, 50, explique le *fur* de la loi des XII Tables par *praedo et latro.* La définition précise de ces termes n'a pas d'importance pour le droit pénal; l'élément de délit commis en bande est sans doute contenu dans le délit de violence, mais n'est pas exigé par la loi sur le meurtre, et toute violation de propriété commise à main armée tombe sous le coup de cette loi.

atteint qu'exceptionnellement par le texte même de la loi (1) et que, d'après l'intention du législateur, il fallait peut-être conserver dans ce cas l'application de la vieille procédure des magistrats et des comices. Il est toutefois vraisemblable qu'immédiatement, certainement avant la promulgation de la loi de Pompée sur le *parricidium*, la loi de Sylla reçut une application plus large, qu'on lui fit embrasser tout meurtre commis ou tenté avec violence (2) et que cette extension fut maintenue (3). En outre, cette même loi de Sylla resta applicable à toute violence à main armée, notamment au vol de grand chemin, même lorsque cette violence n'était pas accompagnée de meurtre ; c'est là en vérité une seconde action pénale, moins importante que la première, mais qui appartient à la même catégorie que celle-ci (4).

Vol de grand chemin.

La règle exprimée plus haut (II p. 335), que toute personne obligée de prêter secours à la victime et qui, le pouvant, ne l'a pas fait, est punie comme complice, reçut, en cas de meurtre d'un chef de *domus* ou de son fils (5), une application au regard des esclaves de la victime (6). Elle se traduisit dans une

Procédure de meurtre contre les esclaves de la victime.

---

(1) Cicéron le dit expressément (II p. 345 n. 1) et, à l'appui de cette conjecture, on peut encore invoquer la rubrique de la loi et le fait qu'Ulpien cite en dernier lieu le meurtre ordinaire (n. 3).

(2) En cas de tentative de meurtre, le procès public de meurtre concourt avec l'action privée pour cause d'injure par voies de fait; toutefois, en pareil cas, l'action publique doit précéder l'autre. Chez Cicéron, *De inv.*, 2, 20, un chevalier romain, qui a eu la main coupée en repoussant une attaque de gens armés, demande au préteur l'action d'injure; le défendeur lui oppose l'exception préjudicielle : *extra quam in reum capitis praejudicium fiat.* Ulpien décide en ce sens contre Labéon : *Dig.*, 47, 10, 7, 1.

(3) Ulpien ajoute après les paroles citées II p. 345 n. 1 : *hominemve occiderit.* — Les paroles de Gaius, *Dig.*, 47, 7, 2 : *sciendum est autem eos qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tamquam latrones puniri,* ne veulent pas dire que ce méfait présente les éléments requis par la loi Cornélia, mais seulement que la peine infligée par cette loi est également appliquée aux dommages de ce genre causés à la chose d'autrui.

(4) Lorsque l'action de meurtre est intentée et que l'accusé (*homicidii reus*) est acquitté, cela n'empêche pas, d'après un rescrit de Dioclétien, *Cod.*, 9, 2, 11, qu'un autre demandeur puisse poursuivre contre l'acquitté le *sequens crimen, id est pastorum latronumve.* Le pillage des naufragés tombe aussi sous le coup de cette loi. (*Dig.*, 47, 9, 7).

(5) *Dig.*, 29, 5, 1, 7.

(6) Cette règle s'applique même au cas de suicide du maître, lorsque

procédure cruelle qui remonte difficilement à l'époque répu- (631)
blicaine (1), mais qui fut en tout cas réglée par un sénatus-consulte de l'an 10 ap. J.-C. (2), aggravé lui-même par un sénatusconsulte de l'an 57 (3). Cette procédure persista jusque dans le droit de Justinien. Non seulement l'esclave doit, sans aucune restriction, porter secours à son maître, même en risquant et en sacrifiant sa propre vie (4), mais, du moins lorsque le procès se déroule dans la forme de la *cognitio*, tout esclave de la *domus* présent au lieu du crime (5) et qui ne peut établir l'impossibilité où il était de venir en aide à son maître (6), est exécuté comme complice sur le fondement de cette présomption juridique qu'il aurait pu secourir son maître (7).

---

l'esclave pouvait l'empêcher et ne l'a pas fait. Paul, *Sent.*, 3, 5, 4. *Dig.*, 29, 5, 1, 22.

(1) Le fait que Tacite, 14, 42, la désigne comme entreprise *vetere ex more* ne suffit pas à prouver le contraire. On avait déjà ordonné auparavant de soumettre tous les esclaves de la *domus* à un interrogatoire avec emploi de la torture (II p. 200 n. 1)

(2) *Senatus consultum Silanianum* avec un complément de l'an 11 (*Dig.*, 29, 5, 13 *pr.*).

(3) *Senatus consultum Pisonianum* (aussi *Neronianum* ou *Claudianum*) : Tacite, *Ann.*, 13, 32.

(4) Hadrien, *Dig.*, 29, 5, 1, 28 : *servi quotiens dominis suis auxilium ferre possunt, non debent saluti eorum suam anteponere. Dig.*, 29, 5, 1, 18. l. 19. Paul, 3, 5, 7. 8.

(5) Paul, 3, 5, 6 : *servi, qui sub eodem tecto fuerunt, ubi dominus perhibetur occisus, et torquentur et puniuntur, etsi testamento occisi manumissi sint.* La restriction exprimée par la formule *sub eodem tecto* fut convenablement élargie par l'interprétation (Tacite, *Ann.*, 13, 32. 14, 42. *Dig.*, 29, 5, 1, 26. 27. *Cod.*, 6, 35, 12. Paul, 3, 5, 3).

(6) On exclut en premier lieu les enfants et ceux qu'une incapacité physique empêchait d'intervenir (*Dig.*, 29, 5, 1, 32-34. l. 3, *pr.* 7-11) ; on écarte en outre ceux qui n'ont pas pu avoir connaissance de l'attaque, par exemple à raison de leur éloignement (*Vita Hadriani*, 18 ; *Dig.*, 29, 5, 1, 30. l. 3, 2) ou qui ayant connaissance de l'attaque dirigée contre leur maître n'ont pas pu lui porter secours, par exemple parce qu'ils étaient incarcérés (*Dig.*, 29, 5, 3, 6).

(7) Cette présomption juridique, qui ne peut être écartée que par la preuve d'un fait précis contraire et pour laquelle cette restriction n'est peut-être même qu'un adoucissement récent, tandis qu'originairement le *sub eodem tecto* était appliqué à la lettre, constitue la pierre fondamentale de cette procédure. Tacite (*Ann.*, 14, 42-45) décrit une exécution en masse de ce genre accomplie en l'an 61 et qu'une minorité du Sénat s'efforça en vain d'empêcher. Cette procédure subsiste encore dans le droit de Justinien.

Peine du meurtre.

La peine du meurtre est, d'après l'ancien droit, la mort; la forme de la submersion, pour laquelle il faut consulter le Livre V, a peut-être été au début la forme générale d'exécution de cette peine, puis son application s'est limitée, comme le sens du mot *parricidium*, au meurtre d'un proche (1). D'après
(632) la loi Cornélia, sauf au cas où le meurtrier était un esclave (2), la peine ne pouvait être que le bannissement hors de l'Italie qui se transforma plus tard en déportation (3). Celle-ci est encore sous Justinien la peine ordinaire du meurtrier, c'est seulement par suite de l'aggravation de peine réalisée d'une manière générale dans la dernière période au regard des classes inférieures que la répression du meurtre s'élève vis-à-vis des petites gens jusqu'à la peine capitale (4).

2. Abus de la procédure capitale.

Violation par le magistrat du droit de provocation.

L'exécution capitale du citoyen romain sans jugement et sans droit n'est pas tenue pour un acte de la fonction punissable comme tel, mais pour un acte que ne couvrent pas les pouvoirs de la fonction ; elle est donc punie comme si elle émanait d'un particulier, c'est-à-dire en qualité de meurtre. Si

---

(1) La déclaration de Pline, *N. H.*, 18, 3, 12, que les XII Tables punissaient le voleur de moisson, auquel on infligeait la peine du crucifiement (*suspensum Cereri necari jubebant*), plus sévèrement que le meurtrier (*in homicidio convictum*), peut être entendue en ce sens que la submersion était une forme d'exécution moins sévère que le crucifiement; elle peut aussi être comprise en ce sens que les XII Tables étaient muettes sur la forme de la peine de mort et n'ordonnaient donc pas pour ce second cas la forme du crucifiement, plus rigoureuse ou du moins considérée comme telle par Pline.

(2) Val. Max., 8, 4, 2 : *P. Atinii servus Alexander, cum in suspicionem C. Flavii eq. R. occisi venisset, sexies tortus pernegavit ei se culpae adfinem [fuisse], sed perinde atque confessus esset, a judicibus damnatus et a L. Calpurnio triumviro in crucem actus est.* L'emploi du mot *judices* écartant ici toute idée de procès consulaire, on ne peut penser qu'à la *quaestio inter sicarios*.

(3) La déportation (Paul, 5, 23, 1. *Dig.*, 48, 8, 3, 5. l. 16) a naturellement pris également ici la place de l'interdiction.

(4) Outre les textes cités n. 3, il faut mentionner *Inst.*, 4, 18, 7. Hadrien a interdit l'exécution capitale d'un décurion, sauf au cas de parricide (*Dig.*, 48, 19, 15).

la loi de provocation, à laquelle la tradition rapporte la limitation légale de la juridiction capitale des magistrats, désigne la violation du droit de provocation simplement comme un « fait injuste » (1), cette désapprobation légale prive l'exécution capitale de la protection juridique dont jouissent les actes des magistrats et la soumet aux règles du droit commun, (633) avec cette seule réserve que le magistrat injuste n'est pas appelé meurtrier. La loi fondamentale sur les pouvoirs des tribuns de la plèbe dit la même chose, quand elle prescrit (II p. 339 n. 1) de ne pas considérer comme un *parricidium* la mise à mort d'un citoyen réalisée sur un ordre des autorités compétentes, donc quand elle fait rentrer dans la notion de *parricidium* l'exécution capitale faite sans droit. Il est vraisemblable que la loi des XII Tables a également interdit l'exécution capitale sans procès préalable (2). Cette défense a été reproduite et accentuée dans la loi de Caïus Gracchus (I p. 301 n. 2) et a été vraisemblablement confirmée par la loi Cornélia sur le meurtre elle-même (3), ce qui montre de nouveau que

---

(1) Tite-Live, 10, 9, 5 : (*lex Valeria*) — il pense vraisemblablement ici à la plus ancienne loi sur la provocation I p. 46 n. 1 ; car celle de 454/300 est désignée par Tite-Live comme *diligentius sancta — si quis adversus ea fecisset, nihil ultra quam « improbe factum » adjecit.* C'est certainement à tort que Tite-Live ne voit là-dedans qu'une désapprobation morale : *id qui tum pudor hominum erat visum, credo, vinculum satis validum legis; nunc vix servus ero* — on attend *servo erus* — *ita minetur quisquam.* Les lois postérieures de ce genre, qui ne modifiaient rien *praeter sanctionem* (Cicéron, I p. 34 n. 3), ont donc dû préciser la même pensée avec plus de netteté encore. — Denys, 5, 70, conçoit à tort la violation des règles de la provocation comme une *sacratio* (νηποινὶ τεθνάναι).

(2) Loi des XII Tables, 8, 25, Schöll [Girard, 9, 6]. A vrai dire, la citation est incertaine.

(3) Ulpien, *Dig.*, 48, 8, 4 *pr.* : *lege Cornelia de sicariis tenetur, qui cum in magistratu est esset eorum quid fecerit contra* (*circa* Krüger) *hominis necem, quod legibus permissum non est.* Les termes mêmes de la loi chez Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 148 : *qui eorum coiit coierit convenit convenerit, quo quis judicio publico condemnaretur* limitent à vrai dire le délit à l'abus du *judicium publicum.* Mais Cicéron, comme Ulpien, applique cette loi à toute procédure judiciaire qui a lieu en violation du droit de la provocation (Cicéron, *Pro Cluentio*, 33, 90 : *quod innocentem circumvenerit*) et identifie son contenu avec celui de la loi Sempronia, qu'il cite à côté d'elle (*loc. cit.*, 55, 151. 56, 154).

l'exécution capitale sans procédure pénale n'était pas traitée comme un délit de fonctionnaire, mais comme un simple délit de particulier. — Pour les cas exceptionnels dans lesquels la protection de la provocation fut écartée, nous n'avons qu'à renvoyer aux explications antérieures (I p. 301 sv.) — Si la loi frappe d'une peine le magistrat président du jury qui accepte sciemment un faux témoignage contre la personne accusée d'un crime capital (1) ou qui se laisse corrompre pour de l'argent (2), il n'y a là qu'une mention, faite à titre d'exemple, de quelques cas particulièrement importants. —

(634) L'exécution capitale, faite en violation du droit de provocation, a plus tard été aussi comprise dans le délit de violence; toutefois, à côté de cette règle nouvelle, les règles de répression plus anciennes et plus sévères ont, semble-t-il, subsisté, du moins en théorie. La fustigation (3), la torture et l'enchaînement du citoyen ne tombent pas sous le coup de la loi sur le meurtre, mais ils sont réprimés primitivement par l'action privée d'injure et plus tard comme violence.

Toutes ces lois visent le citoyen romain. L'abus de la justice vis-à-vis du non-citoyen n'en tombait pas moins, au point de vue des principes, sous le coup de la loi sur le meurtre; mais, en fait, il n'y a pas eu sous la République de contrôle répressif

---

(1) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, *pr.* : *qui cum magistratus esset publicove judicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens [cir]cumveniretur condemnaretur.* Si la relation est exacte, ce délit ne se restreint pas au procès capital.

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, 1 : *qui magistratus judexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret.* Paul, 5, 23, 11 (= Edit de Théodoric 1). Cicéron, *Pro Cluent.*, 33, 90. En outre, ce qui a été reçu peut être réclamé par l'action de *repetundae* (Pline, *Ep.*, 2, 11 . *Dig.*, 48, 11, 7, 3). — Le fait qu'en 613/141 on introduisit dans un cas de ce genre une procédure d'exception contre L. Hostilius Tubulus (I p. 228 n. 4) peut parfaitement se concilier avec la règle rapportée au texte; car les lois plus anciennes en cette matière n'embrassaient certainement pas ce cas.

(3) Lorsque la loi Valéria parle de *virgis caedi securique necari* (Tite-Live, 10, 9) et la loi Porcia de *verberare necareve civem Romanum* (Tite-Live, *loc. cit.*), on ne pense ici, en première ligne du moins, ainsi que nous l'avons exposé I p. 46 n. 1, qu'à l'exécution capitale par crucifiement ou d'une autre manière.

exercé sur la conduite du magistrat vis-à-vis du non citoyen (1). Il est possible que la juridiction répressive ordinaire des questeurs ait été compétente dans ce cas, mais pratiquement elle ne s'est certainement pas préoccupée de ces abus et la juridiction effective des tribuns, à considérer strictement les choses, n'était peut-être même pas compétente pour ces actes. En réalité, le contrôle administratif du sénat fut le seul qui éventuellement s'exerça en cas d'excès de ce genre. Sous le Principat, le contrôle a été rendu plus sévère; toutefois rien de précis ne nous est dit à cet égard.

Abus de droit de la part des jurés.

Après l'établissement des grands jurys, le juré put abuser dans la procédure capitale, de la même manière que les magistrats, notamment en se laissant corrompre, du droit qui lui appartenait de juger. En fait, lors de la réforme de la loi sur le jury proposée par M. Livius Drusus en 663/91, on s'efforça de dégager de cette possibilité les conséquences logiques qui en résultaient; la réforme ne fut réalisée que par Sylla. Mais comme la loi de Sylla réservait ces tribunaux aux sénateurs, l'action n'était donnée que contre des jurés de rang sénatorial; lorsque peu de temps après on introduisit des tribu- (635)
naux mixtes (I p. 244), l'action de corruption continua à n'être possible que contre les jurés qui faisaient partie du sénat (2).

---

(1) Ce qu'on supporta à cet égard des gouverneurs de province dépasse tout ce qu'on peut concevoir. Caton l'Ancien (chez Aulu-Gelle, 13, 25, 12) reproche à Minucius Thermus d'avoir fait exécuter dix pérégrins sans jugement et sans droit et à Ser. Sulpicius Galba (Aulu-Gelle, 1, 12; Tite-Live, *Ep.*, 49; *St. R.*, 3, 336 [*Dr. publ.*, 6, 1, 383]) d'avoir fait vendre comme esclaves en Gaule, sur le simple soupçon de défection, un certain nombre de Lusitaniens qui s'étaient rendus à lui. C'était par exception qu'il était question de pareils faits à Rome et jamais en vue d'une répression criminelle; contre Thermus, Caton invitait le Sénat à lui refuser le triomphe et son attaque contre Galba se réduisait à proposer un plébiscite ouvrant un crédit pour le rachat des captifs, proposition qui fut repoussée (I p. 199 n. 1).

(2) Cicéron, *Pro Rab. Post.*, 7, 16 : *tribuno pl. M. Druso* (en 663/91) *novam in equestrem ordinem quaestionem ferenti, si quis ob rem judicandam pecuniam cepisset, aperte equites Romani restiterunt.* Le même, *Pro Cluentio*, 56, 153 (cpr. 41, 116. c. 55) : (*equites Romani*) *M. Druso tribuno pl. restiterunt, cum ille nihil aliud ageret... nisi ut ii, qui rem judicassent hujuscemodi quaestionibus* (d'après la loi Cornélia sur le meurtre) *in judicium vocarentur.* Ap-

Abus dans le témoignage.

L'ancien droit assimile déjà au meurtrier celui qui fait un faux témoignagne dans un procès capital (1) et la loi de Sylla pose encore cette même règle (2). Celle-ci fut même étendue plus tard à la fausse dénonciation (3).

3. *Veneficium* et Délits apparentés.

Venenum (vraisemblablement de la même famille que *venus*, *venustus*) est tout objet qui excite ou charme dans un bon ou dans un mauvais sens; il désigne par conséquent la matière colorante, le sortilège, le médicament, le poison (4). La punition par le droit pénal de « celui qui fait cet objet » du *veneficus*, remonte vraisemblablement aux mesures d'ordre public, qui échappent, il est vrai, à notre connaissance, mais qui ont été prises contre l'abus de ces matières et spécialement contre les professions dangereuses qui ont pour objet la fabrication et la
(636) vente de ces produits (5). La loi Cornélia a également frappé

---

pien, *B. c.* 1. 35 : εὐθύνας τε ἐν (αὐτοῖς) (les jurés réunis de deux classes différentes) γίγνεσθαι δωροδοκίας προσέγραφεν. — Habituellement, la corruption donne lieu à l'action de *repetundae* contre les jurés (Cicéron, *Pro Cluentio*, 37, 104); celle-ci n'est du reste possible que contre les sénateurs.

(1) Les Annales nous rapportent pour l'année 295/459 que les *quaestores* intentèrent l'action contre M. Volscius Fictor, qui, par un faux témoignage, avait causé la condamnation de Caeso Quinctius pour cause de meurtre (Tite-Live 3, 24). L'action intentée contre Minucius dans le récit relatif à Sp. Manlius est de même nature (Tite-Live, 4, 21). Quant à la punition du faux témoignage en général, ordonnée par la loi des XII Tables, nous en traiterons à propos du faux.

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, 1 : *qui falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur.* Paul, 5, 23, 1 = *Coll.*, 8, 4, 1 : *qui falsum testimonium dixerit, quo quis periret.* L'arrêt d'interdiction de l'eau et du feu est déjà considéré comme une sentence capitale II p. 369 n. 3).

(3) Marcien, *Dig.*, 48, 8, 3, 4 : *qui falsa indicia confessus fuerit confitendave curaverit, quo quis innocens circumveniretur.* On punit donc tout dénonciateur qui détermine le magistrat ou l'accusateur à introduire la procédure capitale.

(4) Gaius dans le commentaire des XII Tables, *Dig.*, 50, 16, 236 *pr.* : *qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum.* Marcien, *Dig.*, 48, 8, 3, 2. La loi Cornélia parlait aussi de *venenum malum* (Cicéron, *Pro Cluent.*, 54, 148).

(5) La réunion de la *quadruplatio* et du *veneficium* chez Plaute, *Truc.*, 762

de la peine de mort non seulement le meurtrier par empoisonnement, mais encore celui qui, en vue de causer la mort d'autrui directement ou par l'intermédiaire d'une autre personne, donne, prépare, vend ou acquiert du poison (1). Le *veneficium* n'est donc pas le meurtre par empoisonnement. De même sa séparation théorique et procédurale du meurtre par violence remonte à l'époque antérieure à Sylla et s'est constamment maintenue dans la suite (II p. 367 n. 1). Les crimes précédemment indiqués et assimilés au meurtre par empoisonnement ne peuvent être ramenés à la notion de tentative avec laquelle ils ne s'accordent pas et qui, d'une manière générale, est ignorée du droit romain; leur répression s'explique par le transfert en droit pénal de mesures de police prises vis-à-vis de certaines professions. Sous le Principat, cette répression s'étendit même à la mise en vente, sans intention mauvaise, de tels produits (2). On fit également rentrer dans le champ d'application de la loi Cornélia, comme corollaire du *veneficium*, une série de mauvais traitements infligés au corps humain (3).

L'avortement (4), qui d'après les lois royales autorise le mari à se séparer de sa femme (5), a toujours été regardé comme une immoralité grave (6); il n'a été traité comme dé- Avortement.

(cpr. *St. R.*, 2, 599, n. 1 [*Dr. publ.*, 4, 307, 1]) a sans doute sa raison d'être; mais nous ne savons rien de plus précis à cet égard.

(1) Loi Cornélia, chez Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 148 : (*venenum*) *quicumque fecerit vendiderit emerit habuerit dederit.* Paul, *Coll.*, 1, 2, 1 = 8, 4, 1 : *qui venenum hominis necandi causa habuerit vendiderit paraverit.* Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, 1. 1. 3, *pr.*

(2) *Dig.*, 48, 8, 3, 3 : *alio senatus consulto effectum est, ut pigmentarii, si cui temere* (= à la légère, *nullo consilio*, Cicéron, *De inv.*, 1, 34, 58) *cicutam... dederi*[*n*]*t...*, *poena teneantur hujus legis.*

(3) La règle *volenti non fit injuria* pourra être appliquée ici dans la mesure où des lois pénales ne l'écarteront pas positivement.

(4) L'enfant simplement conçu n'est pas considéré comme homme (*Dig.*, 35, 2, 9, 1 : *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.* 25, 4, 1, 1. 38, 8, 1, 8); la notion de meurtre ne peut donc s'appliquer ici.

(5) Plutarque, *Rom.*, 22 : ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων. De même Justinien, *Nov.*, 22, c. 16.

(6) Les critiques vigoureuses des écrivains païens (Juvénal, 6, 592; Tacite, *Ann.*, 14, 63) et chrétiens (Minucius Félix, *Octav.*, 30; Tertullien,

lit, ni sous la République (1), ni au début de l'Empire. Ce fut
(637) seulement depuis Septime Sévère qu'il fut puni d'une manière extraordinaire, il est vrai, mais en s'appuyant sur la loi contre le *veneficium*. Les peines établies furent une peine pécuniaire et le bannissement; ce fut même la peine capitale, lorsque l'avortement avait causé la mort de la femme (2).

On traita de la même manière le fait de délivrer des philtres d'amour (3) et des remèdes contre la stérilité (4).

Castration. La castration (5) n'était pas réprimée au début, semble-t-il, lorsqu'elle avait lieu du consentement du castrat ou de celui qui avait la puissance sur lui. Mais Domitien la défendit même dans ce cas pour toute l'étendue de l'Empire tant au regard des personnes libres que des esclaves et cette prohibition s'est maintenue jusqu'à la fin du droit romain (6). La peine

---

Apol., 9, et ailleurs) contre ce vice, plus tard très répandu, ne contiennent aucune allusion à une peine criminelle.

(1) L'indication que fait Cicéron (*Pro Cluent.*, 11, 32, cité par Tryphoninus, *Dig.*, 48, 19, 39) d'une sentence capitale prononcée à Milet pour un tel fait montre qu'on n'aurait pas eu, d'après le droit romain, le pouvoir de rendre un arrêt de ce genre. On peut déduire de Plaute, *loc. cit.*, que les femmes, qui faisaient profession de s'occuper d'avortements et éventuellement de suppositions de part, occupaient déjà la police de la République; mais ce cas rentrait alors dans la catégorie générale du *veneficium*.

(2) Paul, 5, 23, 14. = *Dig.*, 48, 19, 38, 5 : *qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant* (cela doit signifier : sans intention de causer un autre mal aux personnes ainsi traitées), *tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur*. Ulpien, *Dig.*, 48, 8, 8. Marcien, *Dig.*, 47, 11, 4. Tryphoninus. *Dig.*, 48, 19, 39. Paul et Ulpien traitent ce cas à propos de la loi sur le meurtre, Marcien à propos des peines extraordinaires.

(3) Paul (n. 2); mentionné aussi : *Dig.*, 48, 8, 3, 2. C'est un thème d'école cher aux rhéteurs de discuter si l'*amatorium* rentre parmi les *venefica* (Jul. Victor, *Ars rhet.*, 3, 3).

(4) *Dig.*, 48, 8, 3. 2 : *ex senatus consulto relegari jussa est ea, quae non quidem malo animo* (qu'il faut vraisemblablement entendre comme *dolo* n. 2) *sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat decesserit.*

(5) V, les différentes formes, *Dig.*, 48, 8, 5. 50, 46, 128.

(6) Suétone, *Dom.*, 7. Martial, 6, 2. 9, 6. 8. Stace, *Silv.*, 4, 3, 13. Philostrate, *Vita Apoll.*, 6, 42. Dion, 67, 2. Jérôme, *Abr.*, 2098. Ammien, 18, 4, 5. Cette défense est renouvelée par Nerva (Dion, 68, 1) et par Hadrien (*Dig.*, 48, 8, 4, 2 : *nemo liberum servumve invitum sinentemve castrare debet*); mentionnée sous Sept. Sévère (Dion, 75, 14); aggravée par Constantin (*Cod.*,

est celle de la loi Cornélia, ordinairement la confiscation du patrimoine et le bannissement, dans certains cas la peine de mort (1).

En dehors des juifs, les non juifs qui vivaient d'après les rites juifs se sont dans l'ancien temps fréquemment soumis à la coutume de la circoncision, sans qu'il en résultât pour eux, semble-t-il, aucun préjudice juridique (2). L'empereur Hadrien fut le premier qui, non pas semble-t-il pour des motifs religieux, mais à raison des similitudes extérieures des deux opérations, assimila la circoncision à la castration et cette mesure fut l'une des causes du grave soulèvement des juifs (3). Son successeur permit de nouveau la circoncision aux juifs (4); en Egypte, où cette pratique existait également à raison d'une vieille tradition, elle fut même autorisée à certaines conditions sous Marc Aurèle et Commode, pourvu qu'il y ait eu une (638) Circoncision.

4, 42, 1) et par Justinien (*Nov.*, 142). L'importation d'eunuques étrangers reste permise (*Cod.*, 4, 42, 2).

(1) *Dig.*, 48, 8, 3, 4. l. 4, 2. A la suite de la castration d'un esclave, celui-ci devient libre et on confisque la moitié du patrimoine (*Dig.*, 48, 8, 6). La peine de mort frappe tout médecin et tout esclave qui fait la castration, elle atteint aussi celui qui se laisse châtrer volontairement (*Dig.*, 48, 8, 4, 2); elle est encore infligée, en cas de castration contre la volonté du castrat ou de celui qui a la puissance sur lui, à toute personne de condition inférieure qui a fait l'opération (Paul, 5, 23, 13). Constantin, *loc. cit.*, prononce la peine de mort d'une manière générale. Modestin, (*Dig.*, 48, 8, 11, *pr.*), et Paul placent la castration sous la rubrique du meurtre, tandis que Paul traite de la circoncision des Juifs à propos des peines extraordinaires. — La castration de l'esclave d'autrui sans le consentement du maître n'est pas un dommage causé à la chose d'autrui, puisque la valeur de l'esclave se trouve par là augmentée, mais elle est une *injuria* (*Dig.*, 9, 2, 27, 28 cpr. 21, 1, 38, 7); en outre, on mentionne à cette occasion une action édilicienne au quadruple de la valeur que nous ne connaissons pas autrement. (*Dig., loc. cit.*).

(2) Tacite, *Hist.*, 5, 5 : (*Judaei*) *circumcidere genitalia instituerunt... transgressi in morem eorum idem usurpant.* Chez Juvénal, 14, 96, le père ne mange pas de viande de porc et le fils se fait même circoncire (*mox et praeputia ponunt*). Suétone, *Dom.*, 12.

(3) *Vita Hadriani*, 14 : *moverunt ea tempestate et Judaei bellum, quod vetabantur mutilare genitalia.* D'après le contexte, il est plus que vraisemblable qu'il n'y a là qu'une application de la défense de la castration (n. 1).

(4) Modestin, *Dig.*, 48, 8, 11 *pr.* : *circumcidere Judaeis filios suos tantum rescripto divi Pii permittitur.*

enquête préalable faite par les autorités (1). Hormis ces cas, la circoncision continua à être assimilée à la castration et à être punie comme elle (2). Cette règle rigoureuse est certai-
(639) nement due en partie au soupçon très naturel d'apostasie religieuse (II p. 278) qui atteint celui qui se fait circoncire ; ce motif apparaît au premier plan à l'époque chrétienne.

4. Meurtre par Sorcellerie et Magie.

Punition des mauvais magiciens.

Par opposition à la divination qui est en général permise et qui en principe se borne à découvrir l'inconnu et à empêcher un mal imminent par des moyens surnaturels (3), la magie consiste à produire des effets merveilleux (4) ; ceux-ci peuvent certainement être opérés d'une façon irréprochable et dans une bonne intention (5) ; mais la mauvaise magie, celle qui se sert

---

(1) Dans les deux titres égyptiens de 171 (*Berliner Gr. Urk.*, 347) et de 185 (*Berl. Gr. Urk.*, 82), on permet à deux pères égyptiens la circoncision de leurs fils, moyennant la preuve faite devant le stratège qu'ils sont d'une race à laquelle cette pratique est permise (διὰ τὸ παρατιθ(εῖ)σθαι τὰς τοῦ γένους ἀποδείξ[ι]ς, et la constatation qu'il n'y a pas de marques spéciales. Cpr. J. Krebs, *Philologus*, 53, (1894), p. 577.

(2) Modestin poursuit : *in non ejusdem religionis, qui hoc fecerit, castrantis poena inrogatur*. D'après Origène (*Contra Cels.*, 2, 13), les Samaritains ou *Stcarii* qui sont trouvés circoncis sont frappés de la peine de mort comme n'étant pas juifs (II p. 321 n. 4) ; le texte montre nettement que la circoncision n'était pas punie comme un crime religieux. Paul, 5, 22, 3. 4 : *cives Romani, qui se Judaico ritu vel servos suos circumcidi patiuntur, bonis ademptis in insulam perpetuo relegantur : medici capite puniuntur. Judaei si alienae nationis comparatos servos circumciderint, aut deportantur aut capite puniuntur. C. Th.*, 16, 8, 22. 26. 16. 9, 1 = *Const. Sirm.* 4.

(3) Nous traiterons, dans la dernière Section de ce Livre, de l'abus de la divination et de la prohibition qui la frappa plus tard.

(4) D'après Apulée, *Apol.*, 26. 27. celui-là est *vulgari more magus, qui communione loquendi cum deis immortalibus ad omnia quae velit incredibili quadam vi cantaminum polleat... quasi facere etiam sciant quae sciant fieri.* Tertullien, *De idol.*, 9, emploie *magia* dans un sens large pour la connaissance et la maîtrise de l'avenir en général et désigne comme parties de cette science : l'*astrologia*, c'est-à-dire la divination, et les *miracula* (*alia illa species magiae, quae miraculis operatur*), c'est-à-dire la magie.

(5) Augustin, *De civ. Dei*, 10, 9, oppose cette science irréprochable de la magie sous le nom de *theurgia* à la *goetia*. Les magiciens du nouveau testament s'appellent chez Tertullien, *De idol.*, 9, *sophistae*. Les paroles *Dan.*, 2, 2 καὶ τοὺς μάγους καὶ τοὺς φαρμακούς = *et magos et maleficos* sont expliquées par Jérôme de la manière suivante : *magi qui de singulis philosophantur,*

d'actes religieux répréhensibles et qui poursuit un mauvais but, est de beaucoup la plus fréquente. C'est la seule dont il y ait lieu de tenir compte en droit pénal. Comme nous l'avons déjà indiqué, les Romains ont fait rentrer le moyen magique dans la notion du *venenum* ; la loi des XII Tables punit déjà le mauvais charme, au moins par rapport au vol de moisson 1). Plus tard, apparaît en latin le terme de *magus,* correspondant au mot grec γόης (2). Il avait été originairement usité par les Perses pour désigner le prêtre de leur religion nationale auquel on faisait la réputation de connaître les procédés magiques les plus efficaces et les plus pernicieux (3). Depuis l'époque de Trajan, il avait acquis la valeur d'une expression technique en matière de délit pour désigner le mauvais magicien (4). A sa place apparaît plus tard pour rendre cette notion, d'abord dans le langage courant, puis après Dioclétien dans la terminologie juridique, le terme de *maleficus* (5). On ne peut indiquer (640)

---

malefici qui sanguine utuntur et victimis et saepe contingunt corpora mortuorum. C'est ainsi que l'empereur Marc-Aurèle assujettit les Marcomans à une alliance éternelle *per Chaldaeos et magos sacris carminibus et consecratione* (*Vita Elag.*, 9). Rentrent dans cette catégorie les rites suivis et permis jusque dans les derniers temps pour amener ou détourner la pluie et pour détourner la grêle (*C. Th.*, 9, 16, 3 = *C. Just.*, 9, 18, 4).

(1) Le mot *venenum* a vraisemblablement été employé dans cette acception par la loi des XII Tables (8, 26 Schöll [Girard, 8, 25]).

(2) Dion, 59, 15, rend par ἀστρολόγοι et γόητες ce que Tacite, *Ann.*, 2, 32, désigne sous le nom de *mathematici* et de *magi*. Chez Dion, 79, 17 φαρμακεὺς καὶ γόης est la traduction de *veneficus et magus*. Cpr. Dion, 52, 36 ; Augustin (II p. 356 n. 5) ; Justinien, *Nov.*, 115, 4, 2, où nous trouvons le mot γοητεῖαι que Julien c. 107, 375 (en s'appuyant sur les *Inst.* de Justinien, 4, 18, 5) rend assez exactement par *susurri magici*.

(3) Pline, *H. n.*, 30, 2, 16 : *magis... homines immolare etiam gratissimum* et 17 : (*habere artem*) *quasdam veritatis umbras, sed in his veneficas artes pollere, non magicas.*

(4) Tacite emploie déjà ainsi ce mot, *Ann.*, 2, 27. 32. 6, 29. 12, 22. 59. 16, 30. 31. De même, le mot *Chaldaeus* qui servait originairement à appeler un peuple particulier est devenu dans la divination un terme désignant une profession.

(5) Tout d'abord au Code Grégorien dans la rubrique *de maleficis et manichaeis* (*Coll.*, 15, 3) et chez Lactance, *Inst.*, 2, 16 : *magi et ii quos vere maleficos vulgus appellat* (d'après ce dernier texte, Augustin, *De civ. Dei*, 10, 9). *C. Th.*, 9, 16, 6 : *magus vel magicis cantaminibus adsuetus, qui maleficus vulgi consuetudine nuncupatur.* Après l'interdiction de la divination, on voit Constance au *C. Th.*, 9, 16, 4, réunir pêle-mêle la magie et la divi-

avec précision quand et de quelle manière cette notion a été introduite en droit pénal (1). S'il est difficile que dans l'intention du législateur le *veneficus* de la loi de Sylla ait compris le *magus*, il est cependant vraisemblable que déjà sous la République (2), tout d'abord par voie d'interprétation (3), puis en vertu d'un sénatusconsulte des premières années du règne de Tibère (4), sous l'influence des croyances populaires, le délit de
(641) magie a été dégagé du *veneficium* ; cette évolution a été principalement due à la réunion fréquente, dans une même profession, de la préparation des poisons et de celle des charmes (5). La possibilité d'opérer un mauvais charme a été reconnue dans le droit pénal officiel jusque pendant la dernière période.

Eléments du délit de magie.

Si nous nous demandons maintenant ce qu'on doit considérer en droit pénal comme un mauvais charme, il faut répondre en posant le principe que tout effet merveilleux opéré dans une forme ou dans un but mauvais rentre dans cette catégorie et que la répétition de pareils actes à titre de profession, qui suffit à faire de la divination un délit, a pour effet en ma-

---

nation : *Chaldaei ac magi et ceteri, quos maleficos ob facinorum multitudinem vulgus appellat.* Cpr. le texte de Jérôme II p. 356 n. 5.

(1) Nous ne savons pas comment la loi des XII Tables concevait le charme jeté sur la récolte ; dans le présent Livre, il est rangé dans le vol.

(2) Le *sacrilegium Nigidianum*, qui vint devant les jurés (Pseudo-Cicéron, *In Sall.*, 5, 14), se rapporte aux ἀπόρρηται διατριβαί de Nigidius Figulus, préteur en 696/58 (Dion, 45, 1).

(3) Quintilien, 7, 3, 7, cite, comme exemple du sens dérivé de l'expression, le fait qu'on fit rentrer les *carmina magorum* dans le *veneficium*. Dans les constitutions d'amnistie du IVe siècle (II p. 344 n.1), les *maleficia* sont sans exception réunis au *veneficium* (*mentis et corporis venena : C. Th.*, 9, 38, 6) et opposés à l'*homicidium*. L'*Interpretatio* wisigothique et l'*édit de Théodoric* c. 54, ainsi que les deux codes burgondes, rendent le *medicamentarius* de la constitution de Constantin au *C. Th.*, 3, 16, 3, par l'expression *maleficus*, alors courante chez les jurisconsultes.

(4) La relation d'Ulpien (*Coll.*, 15, 2, 1) sur ce sénatus-consulte de l'an 16 ou 17 ap. J.-C. ne vise que la divination ; mais les récits de Tacite, *Ann.*, 2, 32 et Dion, 57, 15, nous montrent — en étendant d'une façon incorrecte à la magie la peine du bannissement établie pour l'abus de la divination — qu'il y eut en même temps des mesures prises contre la magie. Les peines de mort indiquées par Tacite ne conviennent qu'à la magie.

(5) Il suffit de rappeler la Canidia d'Horace et la mort de Germanicus (II p. 360 n. 3).

tière de magie d'entraîner une forte aggravation de peine, étant donné d'ailleurs que la simple science de la magie est déjà punissable en elle-même (1) et que, pour cette raison, on a coutume de confisquer et de brûler les livres magiques (2). Quant à la question de savoir quels actes et quels effets donnent en droit à l'accusé la qualité de sorcier (3), sa solution dépend naturellement, plus que pour les questions symétriques posées pour d'autres délits, de l'appréciation du tribunal ; cependant tout n'est pas laissé ici au bon plaisir des juges. Certaines cérémonies religieuses (4) et certains buts font encourir de plein droit la peine. Tels sont à cet égard :

a) les cérémonies religieuses accomplies la nuit, à l'exception de celles qui sont consacrées par une vieille coutume (5) ;

b) les cérémonies religieuses avec sacrifice humain (6) ; (642)

(1) Paul, 5, 23, 17 : *magicae artis conscios summo supplicio affici placuit*, avec la glose y attenante et tout à fait exacte, semble-t-il : *non tantum hujus artis professio, sed etiam scientia prohibita est.* D'après Apulée (*Apol.*, 28), à vrai dire, l'important est le *maleficium* et non pas le savoir magique.

(2) Paul, 5, 23, 18. *Dig.*, 10, 2, 4, 1. Les *vaticinii libri* chez Tite-Live, 39, 16, 8, les *libri fatidici* chez Suétone, *Aug.*, 31, n'ont pas trait à la divination, mais à la magie.

(3) C'est ainsi qu'on taxe Apulée de sorcellerie parce qu'il recherchait certaines sortes de poissons (*Apol.*, c. 27) et qu'on lui reproche d'avoir ensorcelé la riche héritière qu'il a épousée.

(4) Cicéron, *In Vat.*, 6, 14 : *inaudita ac nefaria sacra.* Tacite, *Ann.*, 16, 31 : *impii dei.* Paul, 5, 23, 15 : *sacra impia.* Modestin, *Dig.*, 48, 8, 13 : *mala sacrificia.*

(5) Paul (II p. 360 n. 2) ne déclare pas que les *sacra nocturna* sont interdits purement et simplement, mais considère qu'ils ont ordinairement lieu dans un mauvais but. Firmicus, *Math.*, 2, 30, 10. 13, sous Constantin II : *numquam nocturnis sacrificiis intersis, sive illa publica sive privata dicantur.* Les évocations magiques de Magnence (Athanase, *Apol. ad Constantium* c. 7. vol. 25 p. 604 Migne : εἰς τὸν θεὸν ἠσέβησε φαρμακοὺς καὶ ἐπαοιδοὺς ἐπινοῶν) sont sans doute les *sacrificia nocturna* que ce souverain (dont le gouvernement μετὰ φυλακῆς τῶν νόμων est loué par le païen Libanius, *Epit. in Jul.*, p. 533 ed. Reiske) permettait et qui après sa chute furent interdits par Constance II (*C. Th.*, 16, 10, 5). Il est vraisemblable que Julien les autorisa de nouveau, mais qu'elles furent immédiatement interdites par Valentinien et Valens (*C. Th.*, 9, 16, 7 : *ne quis deinceps nocturnis temporibus aut nefarias preces aut magicos apparatus aut sacrificia funesta celebrare conetur*), mais on exclut de cette dernière défense les fêtes d'Eleusis (Zosime 4, 3).

(6) Paul, 5, 23, 16 : *qui hominem immolaverint exve ejus sanguine litaverint*

c) la nécromancie et tous les actes magiques qui supposent l'utilisation de cadavres et de tombeaux (1).

d) les actes religieux entrepris pour causer du dommage à une personne ou pour la faire périr (2). D'après la croyance générale dans le monde gréco-romain, au moins depuis le début de l'Empire, ce résultat pouvait être atteint en déposant dans le sol une accusation adressée aux dieux du monde inférieur et écrite ordinairement sur des feuilles de plomb avec accomplissement des rites magiques convenables (3).

---

fanum templumve polluerint, bestiis obiciuntur vel, si honestiores sint, capite puniuntur. Pour ces méfaits, il suffit de rappeler Cicéron, *In Vat.*, 6, 14, et la cinquième épode d'Horace.

(1) La nécromancie est nommée conjointement à la magie chez Suétone, *Ner.*, 34; chez Tertullien, *Apol.*, 43, *De an.*, 57; chez Lactance, *Inst.*, 2, 16; dans la constitution au *Cod. Th.*, 9, 16, 5; chez Jérôme (II p. 356 n. 5). Les gloses (2. p. 40 Götz) rendent le mot *defixiones* (cpr. n. 3) par νεκρομαντίαι.

(2) Paul, 5, 23, 15 : *qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent* (cpr. n. 3), *fecerint faciendave curaverint, aut cruci suffiguntur aut bestiis obiciuntur.* Justinien, *Inst.*, 4, 18, 5 : (*qui*) *susurris magicis homines occiderunt.*

(3) Une de ces feuilles de plomb (*C. I. L.*, X, 1604) est ainsi conçue : *nomen delatum Naeviae L(ucii) l(ibertae) Secunda[e] seive ea alio nomine est.* Un papyrus égyptien (Petrettini, *Papiri greco Egizi*, Vienne, 1826, p. 1 sv.), contient une requête en forme de ce genre, adressée à Sérapis et aux dieux qui siégent avec lui. Un mauvais esclave de la ville de Tuder avait réuni ainsi et enfoui les noms de tous les membres de la curie municipale (*defixa monumento ordinis decurionum nomina*), une personne découvre cette tablette de malédictions et la fait disparaître, elle reçoit pour cela des honneurs de la curie et acquitte son vœu à *Jupiter optimus maximus custos conservator* (*C. I. L.*, XI, 4639 = Orelli, 3726). — Les tablettes de malédiction tendent fréquemment à « lier » une personne (καταδέειν, *obligare* chez Paul; καταδεσμοί = *obligatura* des gloses, 2, p. 340 Götz); c'est ainsi qu'une tablette romaine, sans doute du début de l'empire, commence de la manière suivante (*C. I. L.*, I, 818) : *quomodo mortuus, qui istic sepultus est* (le plus souvent ces feuilles se trouvent dans des tombeaux) *nec loqui nec sermonare potest* (cpr. *C. I. L.*, VIII, 2756 : *carminibus defixa jacuit per tempora muta, ut ejus spiritus vi extorqueretur quam naturae redderetur*), *sic Rhodine apud M. Licinium Faustum mortua sit nec loqui nec sermonare possit... Dite pater, Rhodine(m) tibi commendo, uti semper odio sit M. Licinio Fausto.* Il y a plusieurs exemples de magie exercée par jalousie. Le cas le plus connu d'un meurtre par maléfice est celui de Germanicus. Tacite, *Ann.*, 2, 69 : *saevam vim morbi augebat persuasio veneni a Pisone accepti, et reperiebantur solo ac parietibus erutae humanorum corporum reliquiae, carmina et devotiones* (de même, *Ann.*, 16, 31) *et nomen Germanici plumbeis tabulis insculptum, semusti cineres ac tabe obliti* (restes du mauvais sacrifice) *aliaque maleficia, quis creditur animas numinibus infernis sacrari.* Dion, 57, 18. Une

Telles sont les mauvaises pratiques magiques, par lesquelles (643)
les sorciers persans et leurs compères tantôt égarent les hommes, tantôt les corrompent (1). Il y a lieu de remarquer que les poursuites contre les hérétiques ont d'abord été dirigées contre les manichéens persans, auxquels on reprochait surtout de se livrer précisément à de telles pratiques (II p. 309 n. 1).

Peine de la magie.

La magie a toujours été rangée parmi les crimes les plus graves et a été ordinairement exceptée lors des amnisties générales (II p. 138 n. 6). La peine encourue est pour le magicien lui-même la mort (2); plus tard, lors de l'aggravation générale des peines, elle a été pour lui la mort par le feu (3), pour les autres personnes ayant pris part à des pratiques de magie, suivant leur condition, la peine de la décapitation par le glaive, celle du crucifiement ou des arènes (4); la simple possession de livres magiques expose, suivant la condition du coupable, à la déportation ou à la peine capitale (5).

5. Le meurtre d'un proche (*Parricidium*).

Meurtre d'un proche.

Le très ancien droit n'a pas traité, ainsi que nous l'avons dit plus haut (II p. 326 sv.), le meurtre des proches comme crime indépendant (6). Sa séparation du meurtre en général re-

---

tablette de plomb (*C. I. L.*, X, 511) est ainsi conçue : *locus capillo ribus* (= *rivus*), *expectat caput suum.* — Kurt Waschmut, *Rh. Mus.*, 18 (1863) p. 539 sv. (cpr. *ibid.*, 19, 481) a réuni un certain nombre de feuilles de plomb de ce genre provenant d'Egypte, d'Asie Mineure, de Grèce, de l'Italie Inférieure et de Rome. R. Wunsch a publié les tablettes de malédiction très nombreuses trouvées dans l'Attique (*Defixionum tabulae Atticae, Appendix zum C. I. Atticarum*, Berlin, 1897) et d'autres tablettes de la ville de Rome (*Die sethianischen Verfluchungstafeln aus Rom*, Leipzig, 1898) et dans l'introduction de la première œuvre il a donné un aperçu d'ensemble des documents jusqu'ici connus.

(1) *C. Th.*, 9, 16, 3, 5.

(2) Tacite, *Ann.*, 2, 32, (cpr. II p. 358 n. 4). 12, 59. 16, 30 et sv. Apulée (*Apol.*, 26. 100) désigne aussi ce procès comme capital.

(3) Paul, 5, 23, 17.

(4) Paul, 5, 23, 15. 16. 17. *Edit de Théodoric*, 108 cpr. 54. Déportation : Dion, 77, 17. Le fait d'abandonner les pratiques magiques ne soustrait pas à la peine : Dion, 57, 15.

(5) Paul, 5, 23, 18.

(6) Il n'y a aucun doute (Schöll, *Praef.*. p. 53), que la règle attribuée à

(644) monte vraisemblablement à cette loi de nom inconnu qui, en renvoyant la connaissance des affaires de meurtre à une commission de jurés, réserva le meurtre d'un proche au tribunal du peuple. Les comices ont encore statué sur un *parricidium* entre 649/105 et 652/102 (I p. 201 n. 2); mais cette catégorie la plus grave des meurtres a déjà été confiée aux jurés avant l'époque de Sylla (1). Il a continué à en être de même dans la loi Cornélia. Quelques années plus tard, vraisemblablement à l'occasion de la transformation des jurys en 684/70 (I p. 244), le consul Cn. Pompée (2) réglementa par une loi spéciale la procédure suivie en cas de *parricidium* (3). D'après

---

la loi des XII Tables par le texte qui nous est parvenu de la *Rhet. ad Her.*, 1, 13, 23 : *qui parentem necasse judicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem* est une addition de scribe qui fait défaut dans le texte parallèle de Cicéron, *De inv.*, 2, 50, 148.

(1) Dans sa Rhétorique (2, 19, 58. 59) écrite vers 670/84, Cicéron cite comme exemple une accusation de *parricidium* dans laquelle on ne prouve qu'un simple meurtre et dit qu'il faut demander l'acquittement, car le crime affirmé n'est pas prouvé et le crime prouvé ne justifie pas l'application de la peine du *parricidium*. De même, dans son discours *Pro Sex. Rosc.*, 23, 64, prononcé vers 674/80, il mentionne une accusation de parricide portée devant les jurés *non ita multis ante annis*.

(2) En dehors du nom, le seul renseignement qui nous ait été transmis relativement à cette loi est qu'elle est postérieure à la loi Cornélia sur le meurtre (*Dig.*, 48, 9, 1). La suppression complète de la peine de mort, qui est la disposition essentielle de cette loi, concorde parfaitement avec l'attitude démocratique de son auteur pendant le dit consulat, mais non pas avec son attitude pendant ses consulats postérieurs.

(3) Lorsqu'en 674/80, immédiatement après la promulgation de la loi Cornélia sur le meurtre, Sextus Roscius fut, sur le fondement même de cette loi, accusé d'être le meurtrier de son père, l'action tendait à faire prononcer une condamnation à mort qui devait s'exécuter dans la vieille forme de la submersion (Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 26. 51, 149 sv.), sauf bien entendu la faculté de se soustraire à la condamnation par l'exil (Cicéron, *loc. cit.*, 2, 6). Or la peine générale de la loi Cornélia était celle de la déportation (II p. 348 n. 3). La seule explication possible est donc que cette loi conservait la peine de mort pour le *parricidium*, mais soumettait celui-ci à la même forme de procédure que le meurtre en général. Ainsi se justifie dans une certaine mesure qu'on attribue à Sylla l'établissement de la *quaestio parricidii* (Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 32 : *Cornelius Sulla quaestiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio, de sicariis.* Valens, *C. Th.*, 9, 19, 4 : *legibus variis, Cornelia de veneficis, sicariis, parricidis, Julia de adulteris ambitusve criminibus*). Le jury pour meurtre ayant déjà existé avant Sylla et la peine de mort ayant dû aussi être appliquée à cette époque au *parricidium*, alors qu'il est difficile de croire qu'en ce

cette loi, rentrent dans la catégorie des proches les personnes suivantes (1) :

a) les ascendants du meurtrier sans distinction de degré (2) ; (645)

b) les descendants par rapport aux ascendants à l'exclusion du chef de la *domus* (3), dont le droit de tuer ou d'exposer l'enfant ou le petit-enfant était tacitement confirmé (II p. 331 sv.) ;

c) les frères et sœurs (4) ;

d) les frères et sœurs du père ou de la mère, c'est-à-dire les oncles et tantes (5) ;

e) les enfants des précédents, c'est-à-dire les cousins (6) ;

f) l'époux et l'épouse (7) ;

g) le fiancé et la fiancée (8) ;

h) les pères et mères des époux et des fiancés de même que les époux et les fiancés des enfants (9) ;

i) les beaux-pères, belles-mères et beaux-enfants à raison d'un second mariage (10) ;

k) le patron et la patronne (11) ;

---

temps la procédure capitale eut généralement lieu devant un jury, il en résulte qu'on a, dans les lois antérieures à Sylla sur la *quaestio* de meurtre, réservé aux comices les affaires de *parricidium*. Cette conjecture est en outre commandée par ce fait qu'une trentaine d'années avant la loi de Sylla un cas de *parricidium* donna lieu à un débat devant les comices (I p. 201 n. 2)

(1) Le degré de parenté n'a ici aucune importance (*Dig.*, 48, 9, 3).

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 9, 1 : *patrem matrem avum aviam*. Paul, 5, 24.

(3) Marcien, *loc. cit.* : *sed et mater, quae filium filiamve occiderit, ejus legis poena adficitur, et avus qui nepotem occiderit*. Dans la loi elle-même, les descendants n'étaient pas nommés.

(4) Paul, *loc. cit.* ; cette catégorie fait défaut chez Marcien.

(5) Marcien, *loc. cit.* : *patrum avunculum amitam* [*materteram*].

(6) Marcien, *loc. cit.* : *fratrem sororem patruelem matruelem... consobrinum consobrinam*.

(7) Marcien, *loc. cit.* : *uxorem virum*.

(8) La loi doit avoir nommé le *sponsus*, la *sponsa* y était omise (*Dig.*, 48, 9, 3).

(9) Marcien, *loc. cit.* : [*socerum*] *generum socrum* [*nurum*]. *Dig.*, 48, 9, 4 : *pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur*.

(10) Marcien, *loc. cit.* : *vitricum privignum privignam*. La marâtre était oubliée dans la loi (*Dig* , 48, 9, 3).

(11) Marcien, *loc. cit.* : *patronum, patronam*. Paul, *loc. cit.* Le patronat acquis par succession était peut-être exclu.

L'innovation essentielle (1) de la loi de Pompée consista dans la suppression de la peine de mort conservée jusqu'ici pour le meurtre d'un proche et exécutée dans la forme de la submersion, et dans l'extension au *parricidium* (2) de la peine du bannissement qui était alors d'application générale pour le meurtre. Mais sous Auguste (3), comme sous Hadrien (4),
(646) on appliqua de nouveau la peine de la submersion, non pas au *parricidium* en général, mais au meurtre de l'ascendant et Constantin a formulé expressément cette règle (5).

6. Incendie allumé par malveillance et crime commis à l'occasion d'un naufrage.

Incendie. La loi des XII Tables a vraisemblablement déjà assimilé l'incendie volontaire au meurtre (6), et la loi Cornélia a certainement visé ce délit (7). L'idée que cet incendie peut éventuelle-

---

(1) Pour les règles exceptionnelles appliquées à l'aveu, cpr. II p. 118 n. 1; pour celles relatives à la prescription, II p. 178 n 4.

(2) *Dig.*, 48, 9, 1 : *lege Pompeia de parricidiis cavetur, si quis patrem... occiderit... ut poena ea teneatur, quae est lege Cornelia de Sicariis.*

(3) Suétone, *Aug.*, 33.

(4) *Dig.*, 48, 9, 9 cpr. 48, 19, 15 (II p. 348 n. 4). Paul, 5, 24. La constitution de Dioclétien (*Cod.*, 7, 18, 2) : *de latronum familia descendentibus ex largitione principali vel auctoritate fiscali servis factis retro principes libertatem denegari decreverunt*, n'est pas claire à cet égard. En parlant de personnes libres qui, étant issues d'une famille de voleurs, devaient tomber en esclavage pour la durée de leur vie, l'empereur semble avoir visé en première ligne les enfants et autres personnes qui suivaient les bandes de voleurs et qui étaient arrêtés avec elles; il a bien plutôt pensé à une complicité légère qu'à une pénalité à proprement parler héréditaire.

(5) *C. Th.*, 9, 15, 1 = *C. Just.*, 9, 17, 1 = *Inst.*, 4, 18. 6.

(6) Douze tables, 8, 9, Schöll [Girard, 8, 10] = Gaius dans le commentaire des douze tables, *Dig.*, 47, 9, 9 : *qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari jubetur, si modo sciens prudensque id commiserit.* Denys d'Halicarnasse, 5, 51 et Tite-Live, 26, 27, enregistrent des procès de ce genre contre des non citoyens.

(7) Ulpien, *Coll.*, 12, 5 : *incendiariis lex quidem Cornelia aqua et igni interdici jussit.* Le même, c. 7, 2. *Dig.*, 48, 8, 1 *pr. Cod.*, 9, 1, 11. Cicéron, *Parad.*, 4, 31. Cicéron, *De n. d.* 3, 30, 74, mentionne un procès de ce genre. — La prétendue règle d'après laquelle l'incendie rentrerait comme tel dans la violence ne peut se déduire ni des textes de Paul, 5, 26, 3 ni des *Dig.*, 48, 6, 5, *pr.*, où, comme le dit Ulpien, *Dig.*, 47, 9, 1, 2, on pense au *tumultus incendii*, c'est-à-dire au rassemblement que provoque ordinairement tout incendie, ni du fait que l'instruction ouverte à raison du meurtre de Clo-

ment mettre des vies humaines en danger a dû influer sur ces mesures législatives. De même, on fit rentrer dans le champ d'application de la loi sur le meurtre les délits commis à l'occasion d'un naufrage, toutefois on ne peut établir d'une manière suffisante les éléments constitutifs de ces délits (1). Plus tard, pour tenir compte de la diversité de culpabilité, ces délits furent ordinairement réprimés par voie de procédure extraordinaire comme dommages qualifiés causés à la chose d'autrui; il est donc plus rationnel d'en parler à propos de ces dommages. (647)

Crime commis à l'occasion d'un naufrage.

Au point de vue de la procédure, nous n'avons sur l'institution peu connue des *quaestores parricidii* rien à ajouter à ce que nous avons dit dans l'introduction. Jusque vers l'époque des Gracques et même, pour le meurtre d'un proche, jusqu'au milieu du VII^e^ siècle, le peuple romain a dû s'accommoder de ce régime. Celui-ci, ne s'appliquant qu'au citoyen, a été complété en pratique par la coercition des détenteurs d'*imperium* qui s'exerçait sans limites dans la ville de Rome contre les non citoyens. Dans la procédure du jury dirigé par un magistrat, qui apparaît déjà vraisemblablement au début du VII^e^ siècle, il semble que la présidence de ce tribunal ait appartenu de bonne heure à un préteur (2); il y a même eu un préteur spécial pour cette question, sinon avant Sylla, au moins depuis lui (3). La fréquence des crimes rentrant dans la compétence

Formes de la procédure de meurtre.

---

dius (I p. 231 n. 1) embrasse en même temps que la violence l'incendie de la curie (Asconius, *In Mil.*, p. 37), car cette procédure repose sur une loi spéciale.

(1) *Dig.*, 47, 9, 3, 8 : *senatus consulto cavetur eos, quorum fraude aut consilio naufragi suppressi per vim fuissent, ne navi vel ibi periclitantibus opitulentur, legis Corneliae quae de sicariis lata est poenis adficiendos. Dig.*, 48, 8, 3, 4 : *qui naufragium* (qu'il faut vraisemblablement changer en *naufragum*) *suppresserit.* Il semble qu'on ait visé ici tout d'abord le fait d'empêcher par des violences (*supprimere* comme dans le *plagium*), l'équipage de renflouer un navire échoué ; mais il est difficile que la portée du sénatus-consulte se soit restreinte à ce cas.

(2) Si le récit relatif à Tubulus est exact (I p. 235 n. 2), la *quaestio* pour meurtre a déjà été présidée par un préteur avant l'année 613-141.

(3) La loi Cornélia (*Coll.*, 1, 3, 1) transfère la direction de ce procès au

de ce jury a, semble-t-il, provoqué dès le début une organisation qui permettait de faire examiner en même temps plusieurs procès. Il est possible qu'on ait rencontré ici de bonne heure comme présidents de jurys, des *judices* de la *quaestio* dirigeant le jury, sans être magistrats, mais avec des pouvoirs analogues à ceux d'un magistrat (1). Plus tard, la présidence de ces procès fut donnée, en dehors du préteur, aux anciens édiles pendant l'année qui suivait leur sortie de charge (2). On ne peut établir d'une manière suffisante comment se faisait le partage des affaires au sein de la *quaestio*, il est vraisemblable qu'on s'attachait pour cela aux diverses catégories de
(648) délits. Le meurtre d'un proche paraît, depuis qu'il est renvoyé aux jurés, non seulement être examiné en dehors de l'ordre du rôle (3), mais être aussi réservé au préteur (4). En outre, la distinction du meurtre avec violence et du *veneficium*

---

praetor judexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis. St. R., 2, 201 n. 5 [*Dr. Publ.*, 3, 230, n. 6].

(1) Asconius, *In Mil.*, 12, 32, p. 46 : *L. Cassius* (*Longinus*, tribun de la plèbe en 617/137, consul en 627/127)... *quotiens quaesitor judicii alicujus esset, in quo quaerebatur de homine occiso, suadebat atque etiam praeibat judicibus... ut quaereretur, cui bono fuisset perire eum, de cujus morte quaeritur ;* c'est précisément à raison de cette sévérité qu'il fut choisi en 641/113 comme juge d'instruction dans le procès des vestales. Ainsi s'explique qu'il s'appelle chez Cicéron (*Pro Sex. Roscio*, 30, 85) *quaesitor ac judex*. Il est impossible de rattacher ces présidences fréquentes d'un *quaesitor* dans les procès de meurtre à une magistrature proprement dite dont il aurait été revêtu; il en résulte que le magistrat, présidant la *quaestio* permanente de meurtre, a dû avoir alors la possibilité de confier la direction du procès de meurtre à un particulier investi de droits analogues à ceux d'un magistrat.

(2) L'explication donnée dans le *St. R.*, 2, 586 sv. [*Dr. publ.*, 4, 293 sv.], sur le *judex quaesitionis rerum capitalium* (tel est le titre qui lui est donné dans l'inscription contenue au *C. I. L.*, V, 862), qu'on appelle ordinairement aussi *judex quaestionis*, ne peut pas être reproduite ici. Nous avons montré à cet endroit qu'on ne le rencontre que dans les procès de meurtre et que, sans être directement issu d'une élection populaire, il a comme *aedilicius* le caractère et le pouvoir d'un magistrat.

(3) Cicéron, *De inv.*, 2, 19, 58. Pomponius est inexact, lorsqu'il nomme (*Dig.*, 1, 2, 2, 32) comme établies par Sylla les *quaestiones de falso, de parricidio, de sicariis*.

(4) Les deux seuls procès de ce genre, dont nous connaissons les présidents, celui contre Sex. Roscius et un autre (*Val. Max.*, 8, 1, *amb.* 1) sont dirigés par des préteurs (*St. R.*, 2, 201 n. 5 [*Dr. publ.*, 3, 230 n. 6]).

fut également prise en considération pour la répartition des affaires ; car, déjà avant l'époque de Sylla, les présidents des sections chargées de l'examen de ces affaires étaient distingués par la mention dans leur titre de celui de ces crimes dont s'occupait leur section (1). On a dû rencontrer ici plus de difficultés que dans d'autres *quaestiones* pour décider une personne à se charger du rôle odieux et souvent dangereux d'accusateur volontaire sans lequel ce tribunal ne peut fonctionner. La procédure du jury ne se restreint pas en droit au criminel citoyen romain, elle peut aussi être employée contre les non citoyens et les esclaves. On pourrait croire que ce fut surtout pour les procès de meurtre qu'on a dû fréquemment écarter l'application de cette procédure du jury si lente et beaucoup plus gênante pour le peuple que celle des comices. Mais cette conjecture ne concorde pas avec nos documents juridiques : non seulement le meurtre n'est pas nommé parmi les délits pour lesquels la procédure d'office a lieu sur simple dénonciation, mais l'admission de cette procédure pour le cas où un esclave dénonce le meurtrier de son maître (II p. 15 n. 6) paraît même exclure ici l'emploi de la procédure d'office comme forme régulière de procès. Ce fut seulement pour le cas fréquent et particulièrement dangereux du meurtre d'un maître par ses esclaves que des lois ordonnèrent des mesures spéciales pour accélérer le procès.

Procédure de la *cognitio*.

Si le meurtre d'un maître par violence ou par empoisonnement est établi (2), quiconque néglige de former une ac-

(1) C. Claudius Pulcher, consul en 662/92, porte dans son *Elogium* (*C. I. L.*, I², p. 200) le titre suivant : *judex q(uaestionis) veneficis, p(raetor) repetundis*. Dans le dialogue *De deorum natura*, que Cicéron place dans les premières années qui suivirent la mort de Sylla, cet écrivain dit 3, 30, 74, après la citation d'une série de *quaestiones* spéciales : *haec quotidiana sicae, veneni, peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones*. En 688, nous trouvons occupés dans cette *quaestio* trois anciens édiles : M. Plaetorius et C. Flaminius *inter sicarios* (Cicéron, *Pro Cluentio*, 53, 147), Q. Voconius Naso pour les *veneficia* ; il est vraisemblable que le préteur fonctionnait également comme président à côté d'eux. Cpr. *St. R.*, 2, 588 n. 2 et 3 [*Dr. publ.*, 4, 295, n. 1 et 2].

(2) Le meurtre par empoisonnement est ici inclus : *Dig.*, 29, 5, 22. *Cod.*, 6, 35, 9.

(649) Devoir pour les héritiers d'intenter le procès de meurtre contre les esclaves.

cusation contre les esclaves de la victime est exclu de l'hérédité de cette dernière (1). On en écarte aussi (2) celui qui provoque l'ouverture du testament avant la clôture de l'instruction, parce qu'il rend ainsi les affranchissements contenus dans le testament efficaces et soustrait par suite les esclaves affranchis à l'interrogatoire avec application de la torture. Tout ce qui serait échu à cause de mort au violateur de ces règles tombe dans le patrimoine de l'État (3).

Procédure de *cognitio* en cas de meurtre du maître par ses esclaves.

Lorsqu'un meurtre avec violence est commis contre un maître — le meurtre par empoisonnement est ici exclu (4) — et qu'une accusation n'est pas formée contre les esclaves (5), le préteur — vraisemblablement celui qui dirige la *quaestio* — intervient d'office (6) et ouvre la procédure en interrogeant les esclaves suivant les règles posées pour les personnes non libres. Subissent cet interrogatoire tant les esclaves de la vic-

---

(1) On ne peut penser ici qu'à la forme de l'accusation, dont l'application est également supposée dans le procès contre la domesticité servile rapporté aux *Dig.*, 29, 5, 25, *pr.* ; car l'héritier testamentaire, visé ici en première ligne, ne peut avant l'ouverture du testament provoquer que de cette manière l'interrogatoire des esclaves du défunt. Le fait que la répression des esclaves peut être poursuivie par les héritiers du second degré (*Dig.*, 29, 5, 15, *pr.*), prouve qu'on ne tient pas compte ici de la puissance domestique.

(2) Peut-être seulement au cas de meurtre avec violence, bien que *Cod.*, 6, 35, 9 n'implique pas nécessairement cette restriction.

(3) Paul, 3, 5, 7. *Dig.*, 29, 5, 5, 2. l. 9. l. 13. l. 15, 2. l. 21, 1. l. 26. *Cod.*, 6, 35, 1. c. 3. c. 6. c. 10. La confiscation du patrimoine échu à l'État a lieu naturellement, non par voie de procédure pénale, mais au moyen d'un procès fiscal (*Cod.*, 6, 35, 3).

(4) Paul, 3, 5, 2. *Dig.*, 29, 5, 1, 18. 21. l. 20. l. 27.

(5) La *cognitio* a dû être écartée, lorsqu'une accusation était faite dans la forme précédemment indiquée ou d'une autre manière. Il est impossible que la répression se soit étendue ici, comme dans la *cognitio*, à l'ensemble des esclaves, car l'accusateur devait viser des esclaves déterminés ; il faut ajouter en outre dans le même sens qu'ordinairement le demandeur, en sa qualité de futur héritier, se causerait un préjudice en donnant une pareille extension à son accusation.

(6) II p. 13 n. 3. Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1 : *si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem praetor, quam ex senatus consulto* (d'après le sénatus-consulte Silanien de l'an 10 après J.-C.) *habet, mandare non poterit.* Ulpien, *Dig.*, 29, 15, 1, *pr.* : *senatus consulta introducta sunt de publica quaestione a familia necatorum habenda.*

time que ceux de son époux, si elle est mariée (1). Même lorsque l'auteur du crime est connu, l'interrogatoire peut être continué afin de rechercher les complices (2). Puis, on procède à l'exécution capitale de tous ceux qui ont été reconnus com- (650)
plices, conformément aux règles signalées plus haut (II p. 347).

Répression du meurtre.

Etant donnée la diversité des délits qu'embrasse cette *quaestio*, nous avons indiqué à propos de chaque catégorie la peine encourue. L'ancienne procédure répressive ne connait pas d'autre peine que la mort ; les formes particulières de la mort par submersion (II p. 348 n. 1) ou par le bûcher (II p. 361 n. 3), qui apparaissent à titre isolé, ont été déterminées par la modalité du délit, tandis qu'ailleurs la fixation du mode d'exécution est laissée à l'appréciation des autorités répressives.

La peine prescrite par la loi Cornélia est présentée comme étant une peine capitale (3). Cela est tout à fait exact, comme nous l'avons vu, pour le *parricidium*. Pour le meurtre avec violence ou par empoisonnement commis contre une autre personne qu'un proche et pour l'incendie, la peine se réduit à l'interdiction de l'eau et du feu. La répression fut la même pour le *parricidium* depuis la loi de Pompée. Mais cette interdiction pouvait être conçue comme une peine capitale en tant que la rupture de ban faisait encourir la peine de mort. Dans le système des peines plus sévères de l'époque impériale, on substitua également ici la déportation à l'interdiction pour les personnes de condition élevée, tandis qu'on appliqua aux personnes de condition inférieure la peine de mort, exécutée fréquemment dans les cas graves sous une forme rigoureuse.

Nous ne pouvons, abstraction faite de ce que nous avons

---

(1) Paul, 3, 5, 5. *Dig.*, 29, 5, 1, 15.

(2) Paul, 3, 5, 12.

(3) Loi Cornélia, chez Cicéron, *Pro Cluent*, 54, 148 : *deque ejus capite quaerito*. De là vient l'expression *praejudicium capitis* rapportée II p. 346 n. 2.

noté à propos des motifs du meurtre (II p. 341), exposer ici dans quelle mesure les peines légales que nous avons indiquées peuvent être mitigées; on appliquera ici les règles générales que nous développerons à la fin du Livre V.

Le meurtrier, d'après le droit de l'époque républicaine, ne perd pas son patrimoine ; son testament reste même valable en droit (1).

(651) Quant à la privation de sépulture et à la restriction de l'honorabilité civique, nous n'avons qu'à renvoyer aux principes généraux posés dans le livre V ; aucune règle spéciale ne nous a été transmise pour les délits dont nous nous occupons ici.

---

(1) *Rhet. ad Her.*, 1. 13, 23; Cicéron, *De inv.*, 2, 50, 148. D'après le contexte, le testament de Malleolus, meurtrier de sa mère, est attaqué comme fait par une personne sans discernement (*furiosus*); d'où il faut conclure que le seul obstacle éventuel à la validité du testament ne pouvait être qu'une fiction comme celle qu'on rencontre pour le prodigue. Comme les demandeurs sont ici les héritiers *ab intestat*, la question de la vocation successorale n'est donc pas discutée. De même, ce que dit Cicéron (*De domo*, 27, 45) : *judicia populi* (*sunt ita*) *a majoribus constituta,... ut ne poena capitis cum pecunia conjungatur* conduit au même résultat; il faut seulement se rappeler que la confiscation du patrimoine qui atteint le *perduellis* déchu de son droit de cité, ne peut pas en droit être considérée comme une *poena*.

SECTION IV

VIOLENCE (*VIS*)

Vis est la force et notamment la force supérieure, la contrainte par laquelle une personne met une autre dans la nécessité physique de souffrir l'accomplissement d'un acte contraire à sa volonté ou exerce une pression sur la volonté de cette dernière pour la déterminer à une abstention ou à un acte en la menaçant d'un mal, donc en lui inspirant de la crainte (*metus*) (1). *Vis et metus.*

(1) Ulpien (*Dig.*, 4, 2, 1) définit la *vis* une *necessitas imposita contraria voluntati*, le *metus* une *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio* et ajoute avec raison que la vieille formule *vi metusve causa* contient un pléonasme et n'est pas, au point de vue de la notion qu'elle exprime, distincte de la formule postérieure *metus causa*. — A côté de cet usage ferme du mot *vis* (violence qu'Aulu-Gelle, 20, 10, 10, nomme *vis civilis et festucaria*, lorsqu'elle se présente comme une violence fictive dans les formalités de la *rei vindicatio*), on rencontre une signification affaiblie à laquelle les jurisconsultes eux-mêmes opposent la *vis* proprement dite sous le nom de *vis atrox* (*Dig.*, 4, 2, 1. 1. 3, 1. 43, 16, 1, 3) ou de *vis corporalis* (*Dig.*, 43, 16, 1, 29); le mot *vis* n'apparaît avec ce sens atténué que dans certaines formules fixes : dans le *vim fieri veto* de l'édit *uti possidetis* et d'autres édits semblables et dans le nom de l'interdit *quod vi aut clam*. *Vis* signifie ici tout acte fait contre la volonté d'une personne : soit du préteur, dans le premier cas, soit de la personne intéressée dans le second ; tel est bien en effet le sens qu'on lui donne, lorsqu'on interprète la seconde formule par les mots *contra quam prohiberetur* (*Dig.*, 43, 24, 1, 5). Au fond, il y a là une ellipse logique ; la désobéissance par des actes à la volonté du préteur sert ici à désigner la désobéissance en général et la résistance par des actes à la volonté d'un tiers est employée pour désigner la résistance pure et simple ; dans ce dernier cas, on indique comme

Violence permise.

La contrainte est, comme l'homicide, permise sous certaines conditions :

(653) 1. de la part du chef de la *domus* et du magistrat, dans la mesure où l'un et l'autre peuvent exiger l'obéissance ;

2. pour se défendre contre un acte délictuel : l'emploi de la violence permis à titre de défense, lorsqu'une personne voit sa vie menacée, l'est également au même titre en cas de vol, d'injure par voies de fait ou de toute autre attaque délictuelle ; mais, dans ces délits plus encore qu'en cas de péril pour la vie, la personne menacée ne doit pas dépasser les limites de la légitime défense et les excès commis sont en pareille matière plus sévèrement punis qu'ailleurs (1).

3. en cas de nécessité : notamment lorsqu'un incendie éclate (2) ou qu'un naufrage est à craindre (3), il est permis de dégrader ou de détruire le bien d'autrui dans la mesure où cela est nécessaire pour écarter le danger auquel on est exposé.

Mesures législatives contre la violence.

L'idée de violence injuste n'apparaît pas comme une notion juridique indépendante au début du droit romain. Elle se fait jour tout d'abord en droit privé, en dehors de la théorie des délits et s'y présente dans deux applications qui, toutes deux, appartiennent aux règles du droit prétorien : en matière d'interdits possessoires et de *restitutio in integrum*. D'une part, par suite de la restriction du *furtum* aux meubles, le préteur accorda assez rapidement au détenteur d'immeuble, dépouillé par violence de sa possession, un moyen de procédure, dont les

---

autre limite des actes défendus l'accomplissement d'un acte à l'insu de ce tiers (*clam*). Ces phrases qui se présentent dans une forme immuable et reçoivent des applications nettement déterminées doivent être négligées quand on veut fixer la valeur du mot dans le langage courant et en droit pénal.

(1) *Dig.*, 43, 16, 1, 27 : *vim vi repellere licere Cassius scribit idque jus natura comparatur; apparet... arma armis repellere licere.* 9, 2, 45, 4. 43, 16, 3, 9. l. 17. — On ne peut rien dire de plus précis ; aucune limite positive de cette défense ne nous est donnée par les textes et elle n'eut été justifiée ni en logique, ni en pratique.

(2) *Dig.*, 9, 2, 49, 1. 43, 24, 7, 4. 47, 9, 3, 7.

(3) *Dig.*, 19, 5, 14 *pr.*

effets pratiques étaient en substance identiques à ceux de l'action de vol, mais qui ne pouvait pas en droit pénal être considéré comme une action délictuelle (1). D'autre part, on posa la règle que tout acte de volonté, déterminé par la crainte (2), serait traité comme non avenu et que les conséquences juridiques qui en résultaient seraient annulées. Ici encore les débuts de l'institution remontent certainement à une époque (654)
reculée (3); mais cette *restitutio in integrum* a, en droit civil, un champ d'application plus large que la matière des délits.

La notion de violence fut introduite en droit pénal simultanément dans la procédure des *quaestiones* et dans la procédure civile par les mesures législatives prises après la répression de la révolte de Lépide au début de 677/77, pour faire disparaître les répercussions fâcheuses de ce mouvement insurrectionnel. C'est à cette époque que fut promulguée la *lex Plotia de vi* (4), d'où sortit la procédure pénale publique rela-

---

(1) L'*interdictum unde vi*, dont la nature délictuelle (*atrocitatem facinoris in se habet* : *Dig.*, 43, 16, 1, 43; exclusion de la transmission aux héritiers *Dig.*, 44, 7, 35) a été obscurcie par son classement dans la théorie de la possession, est désigné par Cicéron comme ancien (*Pro Tullio*, 44 : *apud majores nostros*) et il apparaît déjà dans la loi agraire (l. 18) promulguée en 643/111. Le second interdit qui, d'après Cicéron dans son discours *Pro Tullio*, c. 46 prononcé en 683/71, aurait été ajouté vers cette époque, est sans doute l'interdit *de vi armata*.

(2) *Dig.*, 4, 2, 21, 5 : *quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.*

(3) Edit du préteur, *Dig.*, 4, 2, 1 : *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Tel que l'édit se présente à nous, il n'y a pas là un moyen de procédure extraordinaire. Quiconque affirme qu'il y a eu violence peut réclamer l'annulation des conséquences de cette violence qui lui sont préjudiciables. Il a la faculté de le faire, soit sous la forme d'une exception opposée à l'action fondée sur l'acte attaqué, soit par l'*actio vi bonorum raptorum* (II p. 381 n. 5). Quant à la question de savoir s'il y a eu violence ou non, elle est tranchée dans les deux cas, non par le magistrat, mais par le juré. Le caractère récent de la *restitutio* telle que nous venons de la décrire ressort non seulement de l'absence de la restitution effective du magistrat, mais aussi de l'altération essentielle subie par l'*actio vi bonorum raptorum* dans l'application qu'elle reçoit ici. Au début, la violence a certainement été traitée comme le dol; lorsqu'on affirmait qu'il y avait eu violence, le magistrat donnait, là où l'exception ne suffisait pas, une action extraordinaire après *causae cognitio*.

(4) Ont été accusés en vertu de la *lex Plautia* (ou *Plotia*) *de vi* : Catilina en 691/63 (Salluste, *Cat.*, 31), puis, après sa chute, ses conjurés (Pseudo-

tive à la violence et que le préteur pérégrin M. Terentius
(633) Varro Lucullus rendit un édit constamment maintenu depuis et d'où se dégagea le délit privé de *rapina* (1). Nous tenterons plus loin de préciser autant que cela est possible l'objet de ces deux actions pénales ; en substance, on peut dire qu'elles sont dirigées contre tout trouble de la paix publique commis en bande et que leur valeur pratique réside moins dans le champ d'application qu'elles embrassent, car les faits qu'elles répriment rentrent aussi en principe dans la notion de crime de lèse-majesté, que dans un changement et une accélération de procédure.

Cette catégorie de délits a été ensuite développée non pas par des lois spéciales faites pour elle, mais par les lois générales sur les jurys publics et privés promulguées plutôt par le dictateur César que par Auguste (2). Chacune de ces lois a

---

Salluste, *In Cic.*, 2, 3), parmi lesquels P. Cornelius Sylla (*Schol. Bob.* sur *Pro Sulla*, 33, 92, p. 368) ; un complice de Milon en 702 (Asconius, *In Mil.*, p. 55) ; M. Tuccius en 703/51 (Caelius chez Cicéron, *Ep.*, 8, 8, 1) ; cette loi est aussi mentionnée par Calvus chez Quintilien, 9, 3, 56. — La loi, d'après laquelle Caelius fut accusé en 698/56, est désignée par Cicéron comme loi *de vi, quam legem Q. Catulus armata dissensione civium rei publicae paene extremis temporibus tulit* (*Pro Caelio*, 29, 70). Elle a été par conséquent promulguée après que Q. Catulus eut, comme consul d'abord en 676/78, puis comme proconsul en 677/77, triomphé de l'insurrection de Lépide et elle est vraisemblablement la loi qui après la mort de Lépide amnistia ses partisans (Suétone, *Caes.*, 5 ; Aulu-Gelle, 13, 3). L'amnistie pour le reste des révoltés et la menace de poursuites criminelles pour le cas de nouveaux troubles sont deux dispositions qui s'accordent bien. Etant donné que d'après l'indication expresse de Cicéron (*loc. cit.*) les partisans de Catilina ont été jugés en vertu de la loi de Catulus, qu'en outre une loi en vigueur de 691/63 à 703/51 a dû nécessairement être appliquée en 698/51 et qu'enfin deux lois fondamentales n'ont pas pû être en vigueur en même temps pour la même *quaestio*, il faut en conclure que la loi *Plotia* est précisément celle de Catulus. Celui-ci, ne pouvant, comme proconsul procéder personnellement à la *rogatio*, aura comme chef du Sénat fait présenter le projet de loi au peuple par l'intermédiaire d'un tribun qui lui était subordonné ; mais il est vrai de dire que dans cette conjecture le *ferre* surprend.

(1) Cicéron, *Pro Tullio*, 9. M. Lucullus, consul en 681/73, était préteur pérégrin (Asconius, *In or. in tog. cand.*, p. 84), en 677/77 ou plus vraisemblablement en 678/76.

(2) Nous avons déjà exposé dans le Livre I (I p. 149) que la *lex judiciorum publicorum* se confond avec la *lex Julia de vi publica* et la *lex judicio-*

dû, soit dans ses clauses particulières, soit dans ses sanctions finales, qualifier de violences les actes qu'elle interdisait, puis les embrassant tous ensemble, les réprimer en les frappant d'une peine qui a été plus grave dans la *lex judiciorum publicorum* que dans la *lex judiciorum privatorum* (1). De là vient l'usage de désigner sous le nom de *vis publica* la violence défendue par la première de ces lois et sous le nom de *vis privata* celle qui est interdite par la seconde. Les *leges Juliae*, ayant repris le contenu de la *lex Plotia de vi*, reçurent, tant pour ce motif qu'à raison de leur portée générale contre les usurpations et les abus de force, le nom de *leges de vi*.

Eléments de la violence délictuelle.

La notion de violence, telle que nous l'avons déterminée au début de la présente Section, doit maintenant être examinée dans ses applications en droit pénal, c'est-à-dire que nous devons grouper ici les délits prévus par la *lex Plotia* et par les deux *leges Juliae* et les délits réprimés par l'action *vi bonorum raptorum* établie par Lucullus. L'interdit *de vi* et la *restitutio in integrum* à raison d'actes provoqués par crainte ne peuvent pas, pour les motifs précédemment indiqués, être pris en considération en droit pénal, bien que la notion de violence sur laquelle ils se fondent soit la même que celle dont nous avons à nous occuper ici (2). La remarque, exacte pour toutes les catégories romaines de délits, que l'habitude (656)

---

rum privatorum avec la *lex Julia de vi privata*. On les trouve, par suite d'une inexactitude que le parallélisme des lois rend explicable, réunies sous le nom de *lex Julia de vi publica et* (*seu* au C. Just.) *privata* chez Ulpien (*Coll.*, 9, 2, 1) et dans la rubrique du *C. Th.*, 9, 10 = *C. Just.*, 9, 12; on trouve aussi *lex Julia de vi publico judicio* (*C. Th.*, 9, 20, 1 = *C. Just.*, 9, 31, 1; cpr. II p. 379 n. 1).

(1) Ulpien, *Dig.*, 48, 19, 32 : *si praeses vel judex ita interlocutus sit : « vim fecisti », si quidem ex interdicto, non erit notatus nec poena legis Juliae sequetur; si vero ex crimine, aliud est. Quid si non distinxerit praeses, utrum Julia publicorum an Julia privatorum? Tunc ex crimine erit aestimandum. Sed si utriusque legis crimina objecta sunt, mitior lex, id est privatorum erit sequenda.*

(2) *Dig.*, 43, 16, 1, 2 : *ne quid autem per vim admittatur etiam* (à côté de l'interdit *de vi*) *legibus Juliis prospicitur publicorum et privatorum* (où aucune modification ne peut être faite; cpr. *Dig.*, 48, 19, 32; *Vat. Fr.*, 197. 198) *nec non et constitutionibus principum.*

de rédiger les lois sous forme de solution de cas particuliers masque et altère assez souvent les notions fondamentales, s'applique aux *leges Juliae*, où conformément au caractère vraiment général de ces lois, cette pratique est si largement suivie que toute notion fondamentale y disparaît presque complètement. Mais en outre, la notion délictuelle de violence s'étend, au moins dans l'ancien système juridique, plus loin que les *leges Juliae* et il arrive que pour des actes tombant sous le coup de ces *leges* la responsabilité de droit pénal soit écartée et que seuls les moyens de procédure du droit civil soient donnés (1). A vrai dire, on voit aussi se manifester au cours du développement du droit romain la tendance opposée grâce à laquelle les actions pénales des *leges Juliae* sont étendues à toute violence engendrant la responsabilité civile (2); on écarte du reste ici la règle en vigueur ailleurs, d'après laquelle, en cas de concours d'une action civile et d'une action criminelle fondées sur un même fait, la première ne peut être intentée avant la se-
(657) conde (3). — Dans l'exposé qui va suivre, nous ne pouvons donner qu'une énumération de la série des cas particuliers rapprochés par l'identité de la loi pénale, par celle de la procédure

---

(1) Cela ne concorde pas, comme nous le montrerons plus loin, avec ce fait qu'antérieurement à Justinien l'action de violence la moins rigoureuse n'a été donnée, en cas de dépossession, qu'autant que celle-ci avait eu lieu à main armée, de telle façon par conséquent que la dépossession sans emploi d'armes était certainement une violence, mais ne faisait pas l'objet d'une répression criminelle. De même, les coups reçus ne rendaient l'action de violence possible que s'ils avaient été donnés *hominibus coactis* (*Cod.*, 9, 12, 4); l'élément essentiel était donc l'attroupement et non la violence. Labéon conseille également, en cas de torture infligée injustement à un esclave, d'intenter non pas l'action de violence, mais celle d'injure (*Dig.*, 48, 7, 4, 1).

(2) Ulpien, *Dig.*, 50, 17, 152, *pr.* : *hoc jure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut in vis privatae crimen incidat.* On trouve des applications de cette règle dans ce fait que l'action criminelle, comme nous le disons plus loin, fut permise dans tous les cas de dépossession, même s'il n'y avait pas eu emploi d'armes, de même que dans tous les cas de *bona vi rapta*. Le dol a été traité de la même manière, non pas par la législation romaine, mais par les jurisconsultes romains postérieurs, lorsqu'ils ont admis qu'il y aurait un crime de stellionat partout où le dol fondait une action privée délictuelle.

(3) *Dig.*, 47, 2, 15. 48, 8, 2, 1.

ou par celle de la peine, en tenant compte également dans une mesure restreinte des extensions données à ces délits par voie d'analogie. — Quant aux deux *leges Juliae* qui, en fixant des sanctions diverses, semblent n'avoir fait qu'établir une gradation des peines, nous les combinons dans notre exposé de telle façon que pour les différents délits où la peine applicable est suffisamment indiquée, nous en donnons l'indication expresse, tandis que dans les cas où la peine encourue ne résulte que du classement du délit dans l'un ou l'autre des deux titres du Digeste qui traitent de cette matière, nous laissons au lecteur, étant donnée l'incertitude du criterium, le soin de tirer cette conclusion de la citation elle-même (1).

Sédition.

1. La loi Plotia (2) et les lois Juliae (3) sont principalement dirigées contre la sédition ; elles se rencontrent donc à cet égard avec la *lex majestatis* (II p. 263 sv.) Toutefois la condition de résistance à l'autorité n'est pas exigée ici comme pour le crime de lèse-majesté et tandis que les procès de lèse-majesté sont surtout dirigés contre les incitateurs et les chefs du soulèvement, la lex *Julia de vi*, avec sa répression moins rigoureuse, frappe tous ceux qui ont pris part à la révolte (4). On mentionne comme délits de violence : les attroupements (5), le fait

(1) Dans les deux titres du Digeste 48, 6 *ad legem Juliam de vi publica* et 48, 7 *ad legem Juliam de vi privata*, les compilateurs de Justinien se sont manifestement proposé d'opérer des déplacements sans les accomplir ; c'est ainsi qu'un même délit est indiqué dans l'une et dans l'autre catégorie sous des noms de jurisconsultes différents, mais en des termes littéralement identiques (Ulpien, 48, 6, 10, 1 = Scaevola 48, 7, 2). La conjecture d'après laquelle une même contravention aurait été visée par les deux lois est à plusieurs reprises suggérée par les textes du Digeste, mais elle ne serait conciliable ni avec la diversité de la peine, ni avec les indications plus dignes de foi de Paul, 5, 26.

(2) Cicéron, *Pro Cael.*, 1, 1, indique la tendance générale de la loi (II p. 373 n. 4) : *de seditiosis conscelleratisque civibus, qui armati senatum obsederint, magistratibus vim attulerint, rem publicam oppugnarint... quaeri jubet* ; 29, 70 : *de vi quaeritis : quae lex ad imperium, ad majestatem, ad statum patriae, ad salutem omnium pertinet.* Le même, *De har. resp.*, 8, 15 : (*lex*) *de vi... est in eos qui universam rem publicam oppugnassent.*

(3) L'étroite parenté de la loi *Plotia* et des *leges Juliae* se montre notamment dans les dispositions mentionnées II p. 378 n. 1 et II p. 380 n. 4.

(4) *Dig.*, 48, 7, 3, 1 : *nec minus hi qui convocati sunt eadem lege tenentur.*

(5) Paul, 5, 26, 3 : *qui coetum concursum turbam seditionem incendium fece-*

de porter des armes dans les rues et sur les places publi-
(658) ques (1), la détention d'armes lorsqu'elle se présente comme un préparatif pour en mésuser (2), le fait de troubler ou d'entraver une inhumation (3). Ces délits ne sont, à notre connaissance, rangés dans la catégorie la plus grave, qu'autant que l'attroupement a eu lieu dans un but électoral (4) ou pour troubler des débats judiciaires (5) ; en règle générale, c'est la peine inférieure qui est appliquée (6). La dépossession violente, qui fonde les interdits prétoriens tendant au recouvrement de la possession perdue, appartient d'après l'ancien

---

rit, et de même chez Marcien, *Dig.*, 48, 6, 3 *pr.*, 5 *pr.* Ulpien, 48, 6, 10, 1 = Scaevola 48, 7, 2 : *qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur neque homo occisus sit.* — Nous exposerons, à propos des dommages causés à la chose d'autrui, que l'incendie en soi ne doit pas, sur le fondement des premiers textes ici cités, être rangé dans la violence, mais que ces textes ne visent que les rassemblements qui se produisent normalement en cas d'incendie. — Il est évident que la *rapina* commise en bande peut donner lieu à l'application de la *lex de vi* et c'est pour cette raison que la constitution contenue au *C. Th.*, 9, 28, 2 = *C. Just.*, 9, 12, 9 est placée dans cette dernière compilation sous la rubrique : *ad legem Juliam de vi.*

(1) Paul, 5, 26, 3 : *qui cum telo in publico fuerit, templa portas aliudve quid publicum armatis obsederit cinxerit clauserit occupaverit.* Marcien, *Dig.*, 48, 6, 3, 1 : *qui pubes cum telo in publico fuerit.* 48, 6, 10, *pr.* Cette règle vient de la loi *Plotia* (Asconius, *In Mil.*, p. 55 : *quod loca* [*publica*] *occupasset et cum telo fuisset ;* de même chez Cicéron, *Ad Att.*, 2, 24, 3. 4).

(2) Marcien, *Dig.*, 48, 6, 1 : *qui arma tela domi suae agrove inve villa... coegerit*; cpr., 48, 6, 2.

(3) Paul, *loc. cit.*, à propos de la *vis privata* : *qui funerari sepelirive aliquem prohibuerit funusve eripuerit turbaverit.* Marcien, *Dig.*, 48, 6, 5, *pr.* : *qui fecerit quo minus sepeliatur, quo magis funus diripiatur distrahatur.* Ambroise, *De Tobia*, c. 10 : *quoties vidi a feneratoribus teneri defunctos pro pignore et negari tumulum, dum fenus exposcitur. Cod.*, 9, 19, 6. *Nov. Just.*, 60, 115, 5. *Edit de Théodoric*, 75.

(4) Paul, 5, 30 A : *petiturus magistratus* (c'est-à-dire des charges municipales) *vel provinciae sacerdotium si turbam suffragiorum causa conduxerit, servos advocaverit aliamvequam multitudinem conduxerit, convictus ut vis publicae reus in insulam deportatur.*

(5) Cela peut se déduire d'Ulpien, *Dig.*, 48, 6, 10 ; la comparaison de *Dig.*, 48, 7, 2, s'oppose à ce que l'on puisse faire rentrer avec certitude dans la catégorie des crimes graves tous les cas qui sont ici cités.

(6) D'après Dioclétien, *Cod.*, 9, 12, 4, celui qui a reçu des coups *hominibus coactis* agit en vertu de la *lex Julia de vi privata.* Paul, *Dig.*, 48, 7, 4, *pr.*, donne la même action, *cum coetum aliquis et concursum fecisse dicitur, quo minus quis in jus produceretur.*

droit à la catégorie inférieure de violence, lorsqu'elle a eu lieu à main armée (1) ; mais dans le droit de Justinien la dépos- (659)
session à main armée donne lieu à l'action criminelle la plus sévère et la dépossession sans emploi d'armes à l'action criminelle la moins rigoureuse (2). — La peine criminelle est, tant d'après la *lex Plotia* (3) que d'après la *lex Julia de vi publica* (4), l'interdiction de l'eau et du feu, qui lors de l'aggravation postérieure des peines devint la déportation pour les personnes d'un rang élevé et la peine de mort pour celles de condition inférieure (5). Elle est, d'après la *lex Julia de vi privata*, la con-

(1) Paul, 5, 26, 3 : *lege Julia de vi privata tenetur, qui quem armatis hominibus possessione domo villa agrove dejecerit expugnaverit obsederit cluserit, idve ut fieret homines commodaverit locaverit conduxerit.* Les constitutions de Dioclétien, *Cod.*, 8, 4, 4. 9, 12, 5, qui donnent d'une manière générale au *dejectus* l'action de la *lex Julia* la moins rigoureuse et la constitution de 378 *C. Th.*, 9, 20, 1 (= *C. Just.*, 9, 31, 1) : *per vim possessione dejectus si de ea recuperanda interdicto unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Julia de vi publico judicio* (ce qui peut se rapporter aussi à la *lex Julia de vi privata*) *instituere accusationem* ne sont pas conçues en termes assez nets pour qu'on puisse en déduire l'extension de l'action criminelle au cas de dépossession sans violence à main armée. Une autre constitution de 395 (*C. Th.*, 2, 1, 8, altérée = *C. Just.*, 8, 4, 8) : *momentariae possessionis interdictum... non semper ad vim publicam pertinet vel privatam,* admet aussi en cas de dépossession, sous des conditions que nous ne connaissons pas, l'interdit plus rigoureux, mais il prouve en même temps qu'on n'autorise pas alors l'exercice de l'action criminelle pour toute dépossession, comme le permet Justinien. Il est impossible de restreindre avec Savigny (*Besitz*, p. 468 [Traité de la Possession, 7e édit., trad. Staedtler, p. 406]) l'application de cet interdit au cas où le possesseur ne rentre pas par crainte sur le fonds qu'un tiers a occupé en son absence.

(2) Justinien exprime positivement cette règle aux *Inst.*, 4, 15, 6, et, dans le même sens, les textes du Digeste 48, 6, 3, 6. l. 4, concernant celui *qui hominibus armatis possessorem domo agrove suo aut navi sua dejecerit expugnaverit utive id staret* (*fieret ?*) *homines commodaverit*, ont été insérés au Digeste au titre *de vi publica.*

(3) Cicéron, *Pro Sulla*, 31. 32. *Pro Sestio*, 69, 146.

(4) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23. *Dig.*, 48, 6, 10, 2.

(5) Paul, 5, 26, 1. *C. Th.*, 9, 10, 3. *Cod. Just.*, 9, 12, 7. *Inst.*, 4, 18, 8. Sont punis de la peine de mort les esclaves (*C. Th .*, 9, 10, 4 = *C. Just.*, 9, 12, 8) et aussi, d'après l'indication des *Digesta*, 48, 6, 10, 1, les hommes libres, lorsqu'une personne a perdu la vie par suite de violence. Constantin, *C. Th.*, 9, 10, 1 (= *C. Just.*, 9, 12, 6). 2 a même posé la peine de mort comme sanction générale, mais les lois postérieures rétablirent de nouveau la peine de la déportation. — La confiscation du patrimoine est impliquée dans cette peine ; celle de la dot fait l'objet d'une indication spéciale : *Dig.*, 48, 20, 3.

fiscation du tiers du patrimoine (1) et la perte de l'honorabilité civique et des droits qui s'y rattachent (2) ; à ces deux peines s'ajoutent plus tard la relégation pour les personnes de rang élevé et les travaux forcés pour celles de condition inférieure (3). Les *leges de vi* excluent en outre la prescription acquisitive en cas d'appropriation violente de même que cette prescription est écartée en cas de vol (4). — La situation res-
(660) pective des actions criminelles et des interdits *reciperandae possessionis* ressort de ce que nous avons dit. L'action criminelle moins rigoureuse eut, dans le droit antérieur à Justinien, le même champ d'application que l'interdit *de vi armata* et ce fait fut probablement la cause de la prompte désuétude de cet interdit ; le droit de Justinien donna l'action criminelle dans tous les cas de dépossession.

Détérioration et appropriation du bien d'autrui avec violence.

2. Un édit du préteur Lucullus, presque contemporain de la loi *Plotia* et rendu dans le même but qu'elle, a introduit une action privée au profit de la victime en cas de dommage causé à la propriété d'autrui par des personnes agissant en bande. Ce délit privé se rattache dans sa forme originaire au *damnum* de la loi Aquilia (5) ; il est une aggravation de ce dernier par suite de l'adjonction des éléments de dol et d'attroupement (6). L'appropriation, même lorsqu'elle a lieu avec vio-

---

(1) Paul, 5, 26, 3. *Dig.*. 48, 2, 12, 4. tit., 7, 1, *pr.* l. 8. *Cod.*, 9, 12, 2.

(2) *Dig.*, 48, 7, 1, *pr.* l. 8. tit., 19, 32. *C. Th.*, 9, 10, 4 = *C. Just.*. 9, 12, 8.

(3) Paul, *loc. cit.* La peine est modifiée dans l'Edit de Théodoric c. 75. 77.

(4) Gaius, 2, 45 = *Inst.*, 2, 6, 2 : *furtivam (rem) lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia* (sont également citées, mais dans un ordre inverse par Julien, *Dig.*, 41, 3, 33, 2). Le texte vise certainement ici deux lois, comme cela a également lieu chez Gaius, 1, 145 : *lege Julia et Papia Poppea* ; 4, 19 : *per legem Siliam et Calpurniam lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni re certa* ; 1, 185 : *lege Julia et Titia.*

(5) Dans sa forme la plus ancienne, que Cicéron nous présente dans son discours pour M. Tullius, le délit est réellement le *damnum legis Aquiliae* aggravé (c. 9. 41. 42) et à côté du *damnum datum* souvent mentionné (c. 7 et ailleurs) il n'est qu'une seule fois (c. 42) et incidemment question de la *rapina*. Dans les commentaires des jurisconsultes classiques sur l'édit et dans les compilations de Justinien, ce délit est également réuni à l'*injuria*.

(6) *Vi hominibus armatis coactisve* (*coactisque* est incorrect ou une erreur

lence et en bande, ne rentre pas dans la notion fixée par l'édit ; elle n'est, dans l'ancien droit, traitée et punie que comme un vol. On n'a toutefois pas tardé à sentir l'impossibilité pratique de distinguer dans les délits commis en bande les détériorations et les appropriations (1) et on a été ainsi non seulement amené à introduire dans l'édit la mention de l'appropriation (2), on a même vu le dommage causé à la chose d'autrui passer au second plan derrière l'appropriation, ainsi que l'attestent le nom *d'actio vi bonorum raptorum* donné couramment à l'action (3) et les conceptions juridiques communément admises par les Romains en cette matière (4). On a encore détourné davantage cette action civile de sa portée primitive en supprimant de ses conditions d'exercice l'élément d'attroupement et en la donnant pour toute détérioration ou appropriation violente du bien d'autrui (5). La peine dans l'action privée, est, en dehors de l'indemnité du simple, le paiement à la victime du triple de (661)

---

d'écriture), tels sont les termes de la plus ancienne formule (Cicéron, *Pro Tullio*, 7. 9. 12. 27. 39). Dans celle du Digeste (*Dig.*, 47, 8, 2, *pr.*), on a avec raison supprimé le mot *armati* comme superflu ; mais l'omission de *vi*, qui est intentionnelle, ainsi que le montre le commentaire (*Dig.*, 47, 8, 2, 7), dénature l'action.

(1) Ajoutez à cela que l'action établie par Lucullus tendait au *damnum dare* et l'action de vol au *damnum decidere* et qu'ainsi le juré fut porté à étendre également son jugement aux objets dérobés.

(2) *Dig.*, 47, 8, 2, *pr.* : *sive cujus bona rapta esse dicentur* est manifestement une addition.

(3) *Dig.*, 47, 8, 2, 17 : *haec actio vulgo vi bonorum raptorum dicitur.* Nous ne connaissons pas son nom technique ancien, mais celui de *damnum vi datum* pourrait lui convenir.

(4) Dans l'exposé de nos sources juridiques (Gaius 3, 209 ; *Dig.*, 4, 2, 14, 2. 13, 1, 10, 1. 47, 2, 81, 3. 1. 89), on ne se souvient plus aucunement que cette action a eu pour point de départ le *damnum vi datum*, elle s'y présente comme dirigée directement contre le *furtum violentum*, le *fur improbior* (Julien, *Dig.*, 4, 2, 14, 12 ; Gaius, 3, 209). Par là s'explique le nom et la place donnés à cette action dans les œuvres juridiques postérieures.

(5) Ulpien (*Dig.*, 47, 8, 2, 7) conçoit tout simplement les termes de l'édit, *hominibus coactis*, comme n'indiquant qu'un exemple : *ut sive solus vim fecerit sive etiam hominibus coactis sic accipere debemus.* A vrai dire le droit, notamment l'édit *quod metus causa*, réclame une action pour le cas où il y a purement et simplement détérioration violente du bien d'autrui (II p. 373 n. 3) et l'*actio vi bonorum raptorum* au quadruple a servi dans ce but (*Dig.*, 4, 2, 9, 7. 8. 1. 14, 1. 47, 2, 21, 7. 1. 48, 7).

cette indemnité (1), à la condition que l'action soit exercée dans le délai prétorien d'un an ; elle est du simple après l'écoulement de cette année. — La correspondance de la *vis* du droit privé avec celle du droit criminel (II p. 376) entraîne comme conséquence que l'action criminelle est également donnée, lorsque *l'actio vi bonorum raptorum* est possible (2).

(662) Groupement délictuel.

3. Il semble qu'en partant de l'idée de rassemblement illégal les cas suivants aient été punis comme délits de violence par le droit civil ou le droit criminel.

a) Les détériorations et appropriations du bien d'autrui commises à l'occasion d'une calamité publique — incendie, écroulement de maison, naufrage, piraterie — ont été assimilées par l'édit du préteur à la rapine et par conséquent frappées de la peine du quadruple du préjudice causé (3). Si le même délit est commis au cours d'une émeute (*turba*), le coupable encourt la peine du double (4). — On applique la peine de mort, lorsqu'au cours de l'émeute il y a eu violation

---

(1) Cicéron, *Pro Tullio*, 7. 41. Gaius, 3, 209. *Inst.*, 4, 6, 25. *Dig.*. 4, 2, 14, 1. 1. 16, 1. 47, 8, 1. 1. 2, 13. *Cod.*, 3, 41, 4 (= *Edit de Théodoric*, 109). — Après que l'appropriation violente du bien d'autrui eut été comprise dans le champ d'application de cette action, ce délit fonda tant l'action de vol au double (en ce sens du moins *Dig.*, 47, 2, 89) que l'*actio vi bonorum raptorum* au quadruple; toutefois, si la première est intentée tout d'abord, la seconde n'est donnée que pour l'excédent (*Dig.*, 47, 2, 89). L'opinion contraire à la conception précédemment développée et d'après laquelle la *rapina* équivaudrait au *furtum manifestum* et pourrait par conséquent donner lieu à la réclamation d'une indemnité du quadruple (Papinien, *Dig.*, 47, 2, 81, 3) se heurte à la notion de vol flagrant; ce n'est pas la publicité du délit mais l'appréhension du coupable au lieu où le délit a été commis qui rend ce dernier flagrant (*Dig.*, 47, 2, 53. tit., 8, 1). L'opinion correcte a triomphé (*Inst.*, 4, 6, 19. *Dig.*, 4, 2, 14, 10. 39, 4, 9, 5). Quant à la combinaison de ces peines d'un multiple avec la revendication et la *condictio* du propriétaire, nous en traitons à propos du *furtum*.

(2) C'est ainsi que cette action fut admise en cas de vol avec effraction (*Dig.*, 47, 2, 21, 7) et qu'on désigne généralement comme *crimen publicum* l'appropriation violente du bien d'autrui (*Dig.*, 47, 8, 2, 24).

(3) Paul, 5, 3, 2. *Dig.*, 39, 4, 9, 5 : *per vim extortum cum poena tripli restituitur;* 47, 9, 1, *pr. Damnum dare* et *rapere* sont également réunis ici, mais naturellement le *rapere* passe ici encore au premier plan.

(4) Paul, 5, 3, 1. *Dig.*, 47, 8, 4, *pr.*

de domicile à main armée, notamment lorsqu'il y a eu blessure ou mort d'homme (1).

b) L'abus du droit d'association dans un but dangereux pour l'État a, déjà dès l'époque républicaine (2) et surtout sous le Principat (3), été compris dans la notion d'attroupement délictuel. (663)

c) Le sénatusconsulte Volusien, de date indéterminée, a fait tomber sous le coup de la *lex de vi* le fait de s'associer pour exercer une action et partager le profit qu'on espère retirer du procès (4).

4. On peut citer comme délits résultant de l'accomplisse- Abus d'une charge ou d'un mandat public.

(1) Ulpien, *Dig.*, 47, 9, 1, 1 : *quamquam sint de his facinoribus etiam criminum executiones, attamen recte praetor fecit, qui forenses quoque actiones criminibus istis pr[o]posuit.* Marcien, *Dig.*, 48, 6, 3, 2. 3 : *in eadem causa sunt, qui pessimo exemplo convocata seditione villas expugnaverint et cum telis et armis bona rapuerint; item tenetur qui ex incendio rapuerit aliquid praeter materiam.* Ces textes, dont la portée originaire se précise lorsqu'on les rapproche des indications de Paul citées ci-dessous, ont été placés au Digeste au titre *de vi publica;* par contre, la disposition du même genre rapportée aux *Dig.*, 48, 7, 1, 1 : *si quis ex naufragio dolo malo quid rapuerit* est donnée comme contenue dans la *lex de vi privata.* Mieux, Paul, 5, 3, 1 : *quod si ex hoc* (au cas de *turba*) *corpori alicujus, vitae membrisve noceatur, extra ordinem vindicatur...* 3 : *hi qui aedes alienas villasve expilaverint effregerint expugnaverint, si quidem id turba cum telis coacta fecerint capite puniuntur.* Cette procédure qui ne se fonde pas sur les *leges Juliae* est parente de celle qu'on observe d'après ces lois en cas de dépossession, mais tandis que pour cette dernière il faut une prise de possession, il suffit ici d'une simple violation de domicile. La peine fut plus tard aggravée pour le cas de naufrage (*Dig.*, 47, 9, 3, 8. l. 4. l. 7).

(2) Sénatus-consulte de 696/58 chez Cicéron, *Ad Q. fr.*, 2, 3, 5 : *senatus consultum factum est, ut sodalitates decuriatique discederent lexque de iis ferretur, ut qui non discessissent, ea poena quae est de vi tenerentur,* ce qui du reste ne fut pas éxécuté à cette époque. On exige ici qu'il y ait intention mauvaise ainsi que le prouve un sénatus-consulte du même genre de 690/64 (Asconius, *In Pis.*, 4, 8, p. 7 : *senatus consulto collegia sublata sunt, quae adversus rem p. videbantur esse*). La liberté d'association qui existe alors d'une manière générale n'exclut évidemment pas la punition des associations dangereuses pour l'ordre public.

(3) *Dig.*, 47, 22, 2 : *quisquis illicitum collegium usurpaverit, ea poena tenetur, qua tenentur qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse judicati sunt.* Lorsque la loi eut restreint la liberté d'association, toute société qui ne faisait pas l'objet d'une exception tombait sous le coup de la loi pénale.

(4) *Dig.*, 48, 7, 6.

ment d'un acte de magistrature par un magistrat incompétent ou par un particulier les cas suivants :

a) L'abus des moyens de coercition contre un citoyen romain est, comme nous l'avons montré plus haut (II p. 348 sv.), traité d'après le droit primitif comme l'acte d'un particulier et par suite on punit comme meurtre la mise à mort ordonnée dans ces conditions et comme injure toute autre violation du droit accomplie dans ces circonstances. Par contre, toute injustice de ce genre est punie, non pas peut être par la loi *Plotia*, mais certainement par une *lex Julia* et même par la plus rigoureuse des deux, et si cette réforme est sans intérêt essentiel pour l'exécution capitale, il est au contraire théoriquement et pratiquement très important que l'arrestation, la torture et la correction du citoyen romain aient fait l'objet d'une répression criminelle (1). La loi ne s'étend pas au traitement injuste qu'un magistrat romain infligerait à un non citoyen.

b) Quiconque exige des prestations illégales est également exposé à une poursuite criminelle pour *vis publica* (2), mais il peut aussi être poursuivi par l'action privée au quadruple (3).

(664) *c*) Lorsque le publicain ou ses gens causent par leurs exactions un dommage à la propriété d'autrui (4), le publicain est

---

(1) Paul, 5, 26, 1, (d'après lui, Isidore, 5, 26, 6) : *lege Julia de vi publica damnatur, qui aliqua potestate praeditus civem Romanum antea ad populum [provocantem], nunc imperatorem appellantem necaverit necarive jusserit torserit verberaverit* (*condemnaverit* est à rayer) *inve publica vincula duci jusserit.* Ulpien, 48, 6, 7. Marcien, *Dig.*, 48, 6, 8. Cpr. I p. 283 n. 2.

(2) Paul, *Dig.*, 48, 6, 12 : *qui nova vectigalia exercent, lege Julia de vi publica tenentur.* 39, 4, 10, *pr. Cod.*, 4, 62. D'après Modestin, au contraire, *Dig.*, 48, 14, 1 : *is qui novum vectigal instituerit, ex senatus consulto hac poena* (*Juliae ambitus*) *plectitur* — la peine encourue n'apparaît pas clairement — ce cas rentre dans la notion si complexe d'*ambitus*, à moins qu'il n'y ait ici une erreur de rédaction.

(3) Paul, *Dig.*, 39, 4, 9, 5 : *per vim vero extortum* (par le fermier des impôts) *cum poena tripli restituitur ; amplius extra ordinem plectuntur ; alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.* Il semble d'après cela que ce cas n'ait pas été visé par la *lex Julia de vi* elle-même.

(4) La *vis* de cet édit (*Dig.*, 39, 4, 1, *pr.*) trouve son explication dans l'*illicite publice privatimque* (c'est-à-dire par les *officiales* ou d'une autre manière) *exactum* du texte de Paul *Dig.*, 39, 4, 9, 5, exprimant manifestement la même idée et où l'on oppose à cette perception injuste d'impôts

tout d'abord tenu de payer à titre d'indemnité le simple du préjudice causé (1), et s'il laisse s'engager une action contre lui, il doit payer le double (2). Lorsque l'accusation est dirigée contre un esclave du publicain, l'action est noxale, si l'esclave vit et est représenté au demandeur ; si cette exhibition de l'esclave n'a pas lieu, le maître est tenu de fournir une indemnité complète (3).

d) Lorsqu'une contrainte injuste est exercée sur une personne pour l'amener à se charger d'une prestation d'argent en faveur d'une cité ou d'un particulier (4).

5. La privation violente de liberté (5), notamment l'enlèvement contre la volonté de la personne ravie (6) et le viol (7), tombe, même lorsqu'elle est commise vis-à-vis d'un esclave (8), non pas sous le coup de la loi Plotia (9), mais sous

Séquestration et viol.

Dig., 39, 4, 1, 2 sv., traitait comme étant de même nature que la *vis* de notre édit) ; elle est également déterminée par le texte de Modestin *Dig.*, 39, 4, 6. L'action qui est ici donnée est certainement délictuelle, car elle n'est possible contre les héritiers du coupable que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (*Dig.*, 39, 4, 4, *pr.*) ; mais le fait que dans l'hypothèse présente la peine infligée est moins grave indique déjà qu'il y a une différence entre les deux sortes de *vis*.

(1) *Dig.*, 39, 4, 1, *pr.* 4. 1. 5, *pr.*

(2) *Dig.*, 39, 4, 1, *pr.* 3. 1. 5, 1. 1. 9, 5.

(3) *Dig.*, 39, 4, 1, *pr.* 6. 1. 2. 1. 3, *pr.* 1. 13, 3.

(4) Ulpien, 48, 6, 10, *pr.* : *qui ludos pecuniamve ab aliquo invito polliceri publice privatimve per injuriam exegerit.* Marcien, *Dig.*, 48, 6, 5, *pr.*

(5) Marcien, *Dig.*, 48, 6, 5, *pr.* : *qui hominem dolo malo incluserit obsederit.* Paul, 5, 26, 3 : *qui quem... obsederit cluserit. Cod.*, 9, 12, 3. Edit de Théodoric 8. 9.

(6) Rapt de femmes : *Dig.*, 48, 6, 5, 2. *Cod.*, 9, 12, 3. tit. 13, 1, 5. Rapt de jeunes garçons : *Dig.*, 48, 6, 6. *Cod.*, 9, 12, 3. — L'enlèvement joue déjà un grand rôle chez les rhéteurs (par exemple, Quintilien, *Inst.*, 9, 2, 90).

(7) *Dig.*, 48, 5, 30, 9 : *eum qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae... publicam vim committere nulla dubitatio est.* 48, 6, 3, 4 : *punitur hujus legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit.* Edit de Théodoric, 60. 61. 63 cpr. 59.

(8) *Cod.*, 9, 20, 1 : *si per violentiam mancipium abreptum est, accusationem vis non prohibetur intendere.*

(9) D'après Cicéron, *Pro Cael.*, 30, 71 un tel cas était puni d'après la loi *Plotia*, bien qu'il n'y eût aucune disposition dans la loi à cet égard : *lege de vi certe non tenebantur.* Ce fait peut bien avoir produit l'extension. Lorsque d'après les ms. la *Rhet. ad Her.*, 4, 8, 12 dit : *in his qui violassent ingenuum, matremfamilias constuprassent, violassent* (la restitution est incertaine, *volnerassent* est impossible) *aliquem aut postremo necassent, maxima*

(665) celui de la *lex Julia de vi publica*. Le viol est même frappé de la peine de mort (1).

Injure faite aux ambassadeurs.

6. L'injure faite à un ambassadeur étranger n'est plus réprimée par la vieille procédure de coercition devenue inapplicable (I p. 50), mais est punie comme *vis publica* (2).

Assistance prêtée en cas de rupture de ban.

7. Celui qui reçoit un condamné en rupture de ban n'est plus frappé de la peine de la mise hors la loi désormais tombée en désuétude ; il est puni comme coupable d'une *vis publica* (3).

Violation de sépulture.

8. Le besoin de donner, en cas de violation de sépulture, une action criminelle à côté de l'action civile dont il sera parlé à propos du dommage causé à la chose d'autrui, a poussé les jurisconsultes, au moins ceux de la fin du second siècle, à accorder l'action de violence pour réprimer les violations de sépulture, en rattachant d'ailleurs apparemment leur innovation au cas précédemment indiqué de perturbation violente d'une inhumation (II p. 378 n. 3) (4).

Justice privée.

9. Tombe enfin sous le coup de la *lex de vi* celui qui se fait justice à lui-même contrairement aux règles du droit, soit en prenant de sa propre autorité possession d'un objet dû (5), soit en saisissant comme garantie de sa créance un objet ap-

---

supplicia majores constituerunt, nous ne sommes pas en état de prouver l'existence de pareilles dispositions pour le viol.

(1) Paul, 2, 26, 12 = *Coll.*, 5, 2, 1 : *qui masculum liberum invitum stupraverit, capite punitur.* Le même, 5, 4, 4 : *pulsatio pudoris* (= viol) *poena capitis vindicetur.*

(2) Ulpien, *Dig.*, 48, 6, 7 : *item quod ad legatos oratores comitesve attinebit, si quis eorum pulsasse et sive injuriam fecisse arguetur*, où le texte est altéré, mais où le sens est clair.

(3) Paul, 5, 26, 3 : *qui eum cui aqua et igni interdictum est receperit celaverit tenuerit.*

(4) Marcien, *Dig.*, 47, 12, 8 (cpr. 9) : *sepulcri violati crimen potest dici ad legem Juliam de vi publica pertinere ex illa parte qua de eo cavetur, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur sepeliaturve, quia et qui sepulcrum violat, facit, quo quis minus sepultus sit.* On avait certainement remarqué que la loi visait la violence personnelle dirigée contre les inhumations et non celle qui était commise contre les tombeaux ; mais on n'en a pas tenu compte, car on voulait infliger aussi dans ce second cas une peine criminelle.

(5) *Dig.*, 4, 2, 12, 1. 4, 2, 13 = 48, 7, 7.

partenant à son débiteur (1) ou à la femme de celui-ci (2).

Action de violence.

Au point de vue de la procédure, il y a lieu de remarquer que la connaissance de l'action de violence n'est pas confiée à une *quaestio* spéciale, mais qu'elle reste dans la compétence du préteur urbain. La présidence du jury est donnée à un *quaesitor* nommé pour chaque cas concret et investi des pouvoirs analogues à ceux d'un magistrat (3). La procédure est (666) rapide, et ce caractère est encore affirmé pour les deux *leges Juliae* postérieurement à Constantin (4); c'est ainsi que ces procès ne sommeillent ni pendant l'absence du préteur urbain (I p. 239 n. 3) ni pendant les vacances judiciaires (II p. 32 n. 4) et qu'ils sont examinés en dehors de l'ordre du rôle (II p. 73 n. 4).

Les peines ont été mentionnées à propos des différents délits.

---

(1) Paul, 5, 26, 4. *Cod.*, 9, 12, 5. Edit de Théodoric, 124.

(2) *Cod.*, 9, 12, 1.

(3) La disposition de loi sur laquelle repose cette pratique ne nous a pas été transmise, mais les différents cas particuliers que nous connaissons montrent que dans ces procès instruits par le préteur urbain la direction est transportée à un *quaesitor* qui, à l'instar des jurés, ne fonctionne que pour un seul procès (*St. R.*, 2, 584 sv. [*Dr. publ.*, 4, 290 sv.]) Ils ont dû recevoir en outre un pouvoir analogue à l'*imperium*, ainsi que l'exige la notion même de *judicium publicum* (I p. 240 n. 2).

(4) D'après la constitution de 395, *C. Th.*, 2, 1, 8 (altérée au *C. Just.*, 8, 4, 8) le préfet de la ville doit en cas de *vis publica* et de *vis privata* (et aussi en cas d'*interdictum unde vi*, lorsque celui-ci se fonde sur une *vis publica* ou *privata*) procéder immédiatement à l'examen de l'affaire, parfois même sans accusation proprement dite (*interdum etiam sine inscriptione*).

SECTION V

FAUX ET DOL

Le dol en droit pénal.

Nous devons traiter dans cette Section des faits punissables qui, à raison des caractères qu'ils présentent au point de vue moral, ont été en vertu d'une loi pénale ou d'une décision judiciaire traités comme délits indépendants dans la procédure publique ou privée, mais qui en même temps ne sont punis ni comme violence, ni en vertu d'une autre loi pénale. Le vieux droit pénal semble n'avoir connu que quelques cas isolés de ce genre. La loi de Sylla sur les testaments et la monnaie donne toute une liste de ces cas. En se servant du terme caractéristique de *falsum*, qui a donné le mot faux de nos langues modernes, la science postérieure du droit romain a embrassé toute la liste de ces délits et l'a à plusieurs reprises allongée. Ce mot, qui d'après son étymologie (de *fallere*) signifie tromperie et qui dans le langage courant désigne la tromperie malveillante par paroles ou par actes (1), peut s'appliquer aux délits les plus importants réprimés par cette loi et par ses extensions; mais cette appellation ne convient pas, du moins d'après l'usage du langage, à d'autres délits également visés par la même loi (2) et surtout celle-ci n'a, dans le domaine illi-

Le faux.

(1) Paul, *Coll.*, 8, 6, 1 : *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur.* Justinien, *Nov.*, 73, *Praef.*, μηδὲν ἕτερόν ἐστι παραποίησις εἰ μὴ τῶν ἀληθῶν μίμησις.

(2) La destruction d'un testament valable équivaut complètement et

mité de la tromperie dolosive, pris que quelques cas particulièrement dangereux pour la société. Il ne semble pas possible, en groupant les différents délits spéciaux punis en vertu de cette loi et de ses extensions, de dégager une notion générique du *falsum*; le « faux » du droit romain ne constitue une institution homogène qu'au point de vue de la procédure.

(668) Dol.

Le défaut que nous venons de signaler se retrouve plus accusé encore dans le droit pénal privé. L'action délictuelle de dol n'est donnée qu'autant que, d'une part, on affirme l'existence de faits d'ordre moral que le magistrat chargé d'organiser l'instance estime devoir faire l'objet d'une répression pénale et que, d'autre part, il ne soit pas possible d'assurer cette répression par un autre moyen. On a complètement renoncé à opérer en droit privé une fixation légale des cas particuliers de dol comme l'a fait le droit pénal public pour le faux; la question de savoir si l'action de dol est possible ou non est résolue dans chaque cas concret par une décision de justice. Il en résulte que le délit de dol n'est pas susceptible d'une définition positive et que la catégorie des actes qui fondent l'action de dol ne constitue pas en droit une liste limitativement arrêtée. — Par suite de la tendance du droit romain récent, déjà indiquée à propos du crime de violence (II p. 376 n. 2), et conduisant à joindre à toute action délictuelle donnée par le droit privé une action criminelle qui lui correspondе, l'action prétorienne de dol a donné naissance plus tard sur le terrain du droit pénal public au crime de stellionat.

I. Loi des XII Tables.

Cas particuliers visés par le très ancien droit pénal.

Le droit du début de la République n'a pas entrepris de faire tomber sous le coup d'une prescription répressive générale le vaste domaine du faux et du dol ; pendant de longs siècles, il n'y a pas eu d'autre moyen de procédure que les ac-

naturellement à la supposition d'un testament faux et cependant elle n'est pas un faux. C'est vraisemblablement pour cela que Marcien, *Dig.*, 48, 10, 1, 13 parle de la *poena falsi vel quasi falsi*.

tions civiles non délictuelles qui étaient parfois possibles en pareille matière. Mais de même que dans le domaine des offenses commises vis-à-vis d'un particulier le droit des XII Tables a frappé de la peine capitale un des cas les plus graves, il a également, d'après l'état actuel de nos connaissances, réprimé ici par la même peine trois actes de tromperie particulièrement dangereux pour la société : le faux témoignage (1), la corruption dans la procédure judiciaire (2) et l'achat des voix pour une élection (3). De ces trois affaires ca-
(669) pitales, la première appartient certainement à la procédure civile (4); il en est vraisemblablement de même pour les deux autres. Comme en cas de vol, ce n'est pas le magistrat qui intervient de sa propre autorité, mais le citoyen lésé (5) qui intente l'action devant le préteur; la décision appartient non pas au peuple, mais au juré; l'exécution n'est pas assurée par

---

(1) *Loi des XII Tables*, 8, 23, Schöll [*id.* Girard] (= Aulu-Gelle, 20, 1, 53) : *si... nunc quoque ut antea qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur.* On rattache avec raison à cette règle le fait que la loi des XII Tables prenait les mesures les plus sévères pour sauvegarder la sainteté du serment (Cicéron, *De off.*, 3, 31, 111). Le faux témoignage est aussi un crime capital d'après le droit de la guerre (Polybe, 6, 37, 9 : ξυλοκοπεῖται... ὁ μαρτυρήσας ψευδῆ). Il faut séparer du faux témoignage dont il est ici question celui qui a lieu dans un procès capital et qui est réprimé par l'action publique de meurtre (II p. 352 n. 1. 2).

(2) *Loi des XII Tables*, 9, 3 Schöll [Girard, *id.*] (= Aulu-Gelle, 20, 1, 7) : (*lex*) *judicem arbitrumve jure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus erit, capite poenitur.*

(3) Polybe, 6, 56 : παρὰ μὲν Καρχηδονίοις δῶρα φανερῶς διδόντας λαμβάνουσι τὰς ἀρχάς, παρὰ δὲ Ῥωμαίοις θάνατός ἐστι περὶ τοῦτο πρόστιμον. Le renseignement donné par Pline, *H. n.*, 35, 12, 162 sans indication de temps se rapporte peut-être à cette question. *Q. Coponium invenimus ambitus damnatum, quia vini amphoram dedisset dono ei cui suffragi latio erat.* Le récit de Tite-Live, 9, 26 pour l'année 440/314 et relatif aux *coitiones honorum adipiscendorum* et au dictateur nommé « en vue d'instructions criminelles » (*quaestionibus exercendis*) peut se rattacher à des événements de ce genre, mais, tel qu'il se présente à nous, il est visiblement calqué sur la procédure des *quaestiones* de l'époque postérieure et est par conséquent sans valeur historique.

(4) Nous montrerons dans le Livre V que la peine de mort ne s'exécutait en précipitant le coupable du haut de la roche Tarpéïenne qu'autant que la condamnation à mort n'émanait pas d'un magistrat.

(5) En cas d'*ambitus*, le demandeur sera le candidat auquel l'achat d'une voix a été préjudiciable.

le magistrat, mais par le demandeur qui a triomphé. Toutes ces procédures sont rapidement tombées en désuétude; la principale raison en a été sans doute la suppression, vraisemblablement opérée de bonne heure par la coutume, de la peine capitale dans l'action privée délictuelle. — Pour l'époque postérieure à la loi des XII Tables, mais antérieure au temps de Sylla, nous avons par hasard connaissance de différentes lois spéciales qui répriment certains cas de faux et de dol et que nous citerons plus loin, mais un grand nombre de lois du même genre sont disparues sans laisser aucune trace : il n'y a pas eu avant Sylla de dispositions générales promulguées en notre matière.

2. Faux en matière de testament et de monnaie et délits analogues.

La *lex Cornelia de falsis.*

De même que la loi de Sylla contre les *sicarii* et les *venefici* fut vraisemblablement provoquée par la fréquence des méfaits de gens de cette espèce à cette époque de dépravation, il est probable que des motifs analogues ont déterminé la promulgation de l'autre loi de Sylla contre les injustices en matière de testament et de maniement d'argent, c'est-à-dire de la *lex Cornelia testamentaria nummaria* (1) appelée d'habitude simplement *lex Cornelia testamentaria* (2) et désignée plus tard sous le nom de *lex Cornelia de falsis*. (3). Celle-ci est (670) restée dans la suite l'acte fondamental en cette matière, mais différentes dispositions particulières ont allongé d'une manière importante la liste des cas qui tombent sous le coup de cette loi.

---

(1) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 42, 108.

(2) Cicéron, *De n. d.*, 3, 30, 74 (I p. 227 n. 2), entretien qui se place en l'année 676/78, cite parmi les *quotidianae quaestiones* la *testamentorum lege nova quaestio*. Paul, 5, 25, 1 = *Coll.*, 8, 5, 1. c. 7, 1. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. 48, 1, 1. *Inst.*, 4, 18, 7. On emploie fréquemment l'expression *lex Cornelia* sans aucune addition (Tacite, *Ann.*, 14, 40 ; Suétone, *Aug.*, 33 et ailleurs).

(3) *Inst.*, 4, 18, 7 : *lex Cornelia de falsis, quae etiam testamentaria vocatur.* Ailleurs, *lex Cornelia de falsis* (*falso C. Th.*) : Paul, 1, 12, 1. 4, 7, 1. *C. Th.*, 9, 19 = *C. Just.*, 9, 22. *Dig.*, 48, 10.

Nous avons déja dit que la loi n'a pas indiqué de notion générique des délits qu'elle réprime et qu'on ne peut déduire cette notion du nom de *lex Cornelia de falsis* donnée plus tard à cette loi. Celle-ci établit une procédure fixe et une peine légalement déterminée pour un certain nombre d'actes qui jusque-là, dans la mesure où une loi répressive les avait atteints, n'avaient pu être punis que par application de la notion vague de crime d'État ou bien encore ça et là en vertu d'une loi spéciale ; elle élargit donc d'une manière importante et d'une façon durable le champ d'application du droit pénal ordinaire (1), sans que naturellement ces mesures nuisent à la répression de ces actes par le droit civil (2).

Ces délits n'existaient en général qu'autant que l'acte répréhensible avait été accompli ; les simples préparatifs n'étaient pas réprimés par la *lex Cornelia* (3).

Nous devons maintenant réunir par groupes les actes qui ont été prohibés par la loi Cornélia ou par les élargissements qu'elle a reçus.

Faux en matière de testament.

I. Délits relatifs aux testaments et aux titres.

1. Destruction illégale d'une disposition de dernière volonté (4).

---

(1) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 42, 108 se sert de la loi comme exemple pour prouver que les actes visés par elle n'ont fait l'objet d'aucune répression criminelle jusqu'au jour ou elle est entrée en vigueur (*ut quod semper malum facinus fuerit, ejus quaestio ad populum pertineat ex certo tempore*). L'action établie par la *lex Cornelia nummaria* a été précédée par une action d'amende anologue (II p. 395 n. 1) ; mais celle-ci n'est pas une *quaestio*.

(2) *Cod.*, 9, 22, 5. c. 9. c. 11. c. 16.

(3) En cas de crime relatif à la monnaie, on a peut-être procédé autrement, du moins pendant la dernière période ; car, à cette époque, celui qui s'amende avant la complète réalisation de l'acte échappe à la peine. (*Dig.*, 48, 10, 19, *pr.* : *qui falsam monetam percusserint, si id* [lire *in*] *totum formare noluerunt, suffragio justae paenitentiae absolvuntur*). Mais il est probable que le fait, postérieur à la loi *Cornelia*, de traiter ce délit comme crime d'État a exercé une influence en ce sens.

(4) *Delere* (Paul, 4, 7, 1. 2. 5, 25, 1. *Dig.*, 48, 10, 2) — *abolere* (*Dig.*, 48, 10, 26) — *supprimere* (Paul, 4, 7, 1. 2. 3. 5, 25, 1) — *amovere* Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. *Dig.*, 48, 10, 2. *Cod.*, 9, 22, 14) — *celare* (*Dig.*, 48, 10, 2. *Cod.*, 9, 22, 14) — *non proferre* (Paul, 4, 7, 4) — *subripere* (*Dig.*, 48, 10, 16, *pr.*), — *eripere* (*Dig.*, 48, 10, 2). Le testament perd également toute sa valeur, lorsqu'on l'ouvre

2. Supposition d'une disposition de dernière volonté fausse (1) (671)
ou production d'une disposition de ce genre qu'on sait fausse (2).

3. Equivaut à la supposition l'apposition de sceaux sur un testament faux et la destruction illégale des sceaux d'un testament vrai (3).

4. D'après un sénatus-consulte qui date peut être de l'an 16 après J.-C. (4), celui qui dans un testament inscrit une disposition en sa faveur ou au profit du chef de sa *domus* ou d'une personne en sa puissance ou en la puissance du chef de sa *domus*, est, abstraction faite de la nullité de la disposition, puni sans aucune autre preuve de mauvaise intention comme falsificateur de testament. Cette peine ne s'applique pas, lorsque celui qui a écrit était sous la puissance du testateur ou lorsque ce dernier a confirmé l'écrit de sa propre main (5).

---

pendant la vie du testateur : *aperire* (Paul, 5, 25, 7. *Dig.*, 48, 10, 1, 5) — *resignare* (Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. 7. *Dig.*, 48, 10, 2) — *recitare* (Paul, 5, 25, 7). La destruction d'un testament nul n'est pas punissable (*Dig.*, 48, 19, 38, 6) et bien qu'en général tout titre qu'on prétend être un testament doive être représenté par le détenteur à celui qui veut s'appuyer sur cet acte pour faire valoir des droits (*Dig.*, 43, 5, 1, *pr.*), le divertissement d'un testament ne peut donner lieu à une répression d'après la loi Cornélia contre celui qui est en état de prouver que cet acte a eu lieu de bonne foi.

(1) *Subicere* (Paul, 4, 7, 1. 2. 5, 25, 1. *Dig.*, 48, 10, 2. *Inst.*, 4, 18, 7) — *scribere* (Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. *Inst.*, 4, 18, 7) — *interlinere* (*Dig.*, 48, 10, 2).

(2) *Recitare* (Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. 9. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. 48, 10, 2. *Inst.*, 4. 18, 7. Edit de Théodoric, 29. 30). Quiconque a fait usage d'un testament falsifié par un autre échappe à toute peine s'il renonce ensuite à se prévaloir de l'acte faux. (*Cod.*, 9, 22, 8).

(3) Paul, 5, 25, 1 : *qui... signum adulterinum sculpserit fecerit expresserit amoverit reseraverit* — *signare* : Paul, 4, 7, 1. *Dig.*, 47, 11, 6, 1. 48, 10, 30, *pr. Inst.*, 4, 18, 7. Suétone, *Aug.*, 33.

(4) Le consul Libo, sous lequel ce sénatus-consulte fut rendu, est peut-être celui de l'an 16 après J.-C. La procédure fut réglementée par un édit de Claude (*Dig.*, 48, 10, 14, 2. 1. 15, pr.), et d'autres dispositions furent encore promulguées à cet égard sous Néron (Suétone, *Ner.*, 17, où ces dernières mesures sont indiquées comme étant le début des réformes à cet égard).

(5) *Dig.*, 26, 2, 29. 34, 8, 1. 5. 48, 10, 1, 7. 8. 1. 4-6. 1. 10. 1. 11. 1. 14. 1. 15. 1. 17. 1. 18. *Cod.*, 9, 23. Cpr. *Cod.*, 6, 23, 22. Quant à la question de savoir si la peine s'applique ou non, lorsque la disposition testamentaire est nulle pour une autre raison, elle est résolue en sens différents par les jurisconsultes (*Dig.*, 48, 10, 6, *pr.* 1. 22, 4).

La peine ne peut être remise que par voie de grâce (1).

(672) 5. Un sénatus-consulte du début de l'époque impériale (2) a étendu (3) à la destruction des titres vrais (4), à la supposition de titres faux (5) ainsi qu'à la confirmation par témoins de titres faux (6) les règles posées pour les testaments. Cette extension a eu lieu pour les titres privés et publics de toute sorte, notamment pour la production de faux ordres des autorités (7). Ces faux sont toutefois moins sévèrement punis que ceux relatifs aux testaments (8).

Faux en matière de titres.

---

(1) *Dig.*, 48, 10, 15 *pr.* : *ne vel iis venia daretur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant. Cod.*, 9, 23, 3 : *veniam deprecantibus... raro amplissimus ordo vel divi principes veniam dederunt.* On présume donc ici qu'il y a eu dol. Il est naturel par contre que des demandes de grâce aient été fréquemment présentées (*Dig.*, 48, 10, 5. l. 6, 3. l. 15, 1. 3. *Cod.*, 9, 23, 2, 1. c. 4. c. 5. c. 6).

(2) Ulpien, *Coll.*, 8, 7, 1.

(3) Paul, 5, 25, 1, 5. *Dig.*, 48, 10, 9, 3. l. 16, 2. *Cod.*, 4, 21, 2. *Inst.*, 4, 18, 7. La modification après coup d'un acte reçu par le magistrat auquel il a été remis est une falsification de titre (*Dig.*, 48, 10, 1, 4).

(4) *Delere* (Paul, 5, 25, 5. Cpr. Edit de Théodoric 90. *Dig.*, 48, 10, 16, 2) — *intercidere* (*Dig.*, 48, 10, 23) — *celare* (*Dig.*, 48, 10, 16, 2) — *subripere* (*Dig.*, 48, 10, 16 *pr.* 2). Le fait d'ouvrir (*resignare Dig.*, 48, 10, 16, 2) ou de copier un acte (*describere Dig.*, 48, 10, 23) peut, dans certains cas, donner lieu à l'application de cette loi.

(5) *Subicere* (Paul, 5, 25, 5. *Dig.*, 48, 10, 16, 2) — *subscribere* (Paul, 5, 25, 5) c'est-à-dire déclarer faussement dans la formule finale qu'on a écrit l'acte de sa propre main — *Mutare* (Paul, 5, 25, 5).

(6) Ulpien, *Coll.*, 8, 7, 1 = *Dig.*, 48, 10, 9, 3 : *qui quid aliud quam testamentum sciens dolo malo signaverit signarive curaverit. Dig.*, 48, 10, 16, 1.

(7) Constitutions impériales : *Dig.*, 48, 10, 33. *Cod.*, 9, 22, 3. La constitution du *Cod. Th.*, 9, 19, 3, interdisait aux autorités inférieures de se servir de l'écriture spéciale aux actes impériaux pour rendre plus difficiles les falsifications. Ordres d'autres autorités : Paul, 5, 25, 9. *Dig.*, 48, 10, 25. l. 32 *pr.* — Plus ancienne que cette action criminelle est l'action populaire d'amende qui protège l'album du préteur (*Dig.*, 2, 1, 7) et à côté de laquelle on voit aussi s'appliquer une peine criminelle extraordinaire (Paul, 1, 13 A, 3). L'*actio in factum poenalis*, qui est donnée dans certains cas (*ex causa*) à côté de l'action criminelle de faux pour supposition d'ordres de magistrat (*Dig.*, 48, 10, 25), est analogue à cette action populaire.

(8) *Dig.*, 48, 10, 16, *pr.* : *instrumentorum subreptorum crimen non esse publici judicii, nisi testamentum alicujus subreptum arguatur.* Le simple usage de faux titres ne fait pas par lui-même et à lui seul encourir une peine criminelle (Paul, 1, 12, 3; *Dig.*, 48, 10, 31). Celui qui par dol lit un faux document dans une assemblée municipale est légèrement puni (*Dig.*, 48, 10, 13, 1); toutefois Paul n'admet pas cette bénignité, 5, 25, 9 : *qui falsis*

II. Délits relatifs aux métaux précieux et à la monnaie. Falsification de métaux et de monnaies.

Les actes malhonnêtes accomplis dans les affaires d'argent n'ont fait pour la première fois, à notre connaissance, l'objet de prescriptions spéciales qu'à l'époque de Marius à la suite des troubles monétaires de cette période; nous ne savons même à cet égard qu'une seule chose, c'est qu'un édit du préteur Marius Gratidianus établit une action pénale pour réprimer (673) cette catégorie d'injustices (1). La loi *Cornelia* et les lois postérieures visent les cas suivants :

1. Introduction par alliage d'une masse de métal de moindre valeur dans un lingot d'or servant comme valeur d'échange (2) de même que toute manipulation analogue relative à des métaux précieux (3);

2. Dépréciation de la monnaie du pays par rognure ou toute autre manipulation semblable (4);

---

instrumentis actis epistulis rescriptis sciens dolo malo usus fuerit, poena falsi coercetur.

(1) *Judicium cum poena* : Cicéron, *De off.*, 3, 20, 80. Pline, *H. n.*, 33, 46, 132 se trompe, lorsqu'il fait de cette mesure une loi. Sur les désordres qui régnèrent alors dans la circulation de la monnaie (Cicéron, *loc. cit* : *jactabatur illis temporibus nummus sic ut nemo posset scire quid haberet*) et qui furent vraisemblablement provoqués par la mise en circulation de la part de l'État de deniers simplement plaqués d'argent à côté de deniers réellement d'argent, cpr., mon *Röm. Münzwesen*, p. 388. [*Hist. Mon. Rom.*, trad. de Blacas, t. 2, p. 81 et sv.] Une réforme pratiquement plus importante que la création de cette action pénale fut sans aucun doute l'établissement à Rome d'essayeries pour faciliter au public la recherche de la pureté ou de la fausseté de chaque pièce de monnaie.

(2) Loi Cornélia : *Dig.*, 48, 10, 9, *pr.* : *qui in aurum vitii quid addiderit.* Dans les derniers siècles de la République, on se sert principalement comme instrument d'échange de l'or au poids ; la monnaie d'or n'est usitée que dans une mesure insignifiante. La disposition de la loi Cornélia dont il est ici question vise en première ligne cet or qui circule en lingots ou sous la forme d'ustensiles. Mais il faut certainement restreindre la portée de cette loi en ce sens qu'elle n'embrasse pas tout alliage de l'or, mais seulement l'alliage de celui qui est destiné à circuler comme or fin à peser. Il semble que cette loi ne se soit pas préoccupée de l'alliage de l'argent, étant donné que ce métal ne circulait guère que monnayé. Pour plus de détails v. mon *Röm. Münzwesen*, p. 402 [*Hist. Mon. Rom.*, t. 2, p. 110.]

(3) Paul, 5, 25, 5 : *qui cum argentum aurum oporteret* (*poneret* : manuscrit) *aes stannumve subjecerit.* Les mots *qui inauraverit argentaverit* qui précèdent paraissent être une glose. Edit de Théodoric, 90.

(4) Paul, 5, 25, 1 : *qui nummos aureos argenteos... raserit corruperit vitia-*

3. Fabrication à titre privé de pièces de monnaie imitant celles de la monnaie du pays (1), même si elles ont la même valeur intrinsèque que ces dernières (2);

(674) 4. Emploi conscient de fausse monnaie (3);

5. Refus de pièces de monnaie d'empire qu'on sait bonnes (4);

6. Pour remédier à l'agiotage provoqué à l'époque postérieure par la différence de cours entre la valeur fiduciaire et la valeur réelle, on a plus tard fixé une mesure aux envois de menue monnaie et menacé d'une peine tout contrevenant (5).

Des statuts locaux, tels que celui de la ville de Mylasa en Carie datant de l'époque de Septime Sévère, réglementent les opérations de change, souvent traitées comme un monopole, et frappent tous ceux qui contreviennent à leurs dispositions de

---

verit. Dig., 48, 10, 8 : *quicumque nummos aureos... raserint. C. Th.*. 9, 22, 1. Edit de Théodoric 90.

(1) Loi Cornélia, *Dig.*, 48, 10, 9, *pr.* : *qui argenteos nummos adulterinos flaverit.* Paul, 5, 25, 1 : *qui nummos aureos argenteos adulteraverit laverit conflaverit. Dig.*, 48, 10, 8 : *quicumque nummos aureos... tinxerint vel finxerint.* Le procédé ordinaire de faux monnayage n'est pas la contrefaçon dans la frappe (*falsam monetam percutere* : Paul, *Dig.*, 48, 10, 19), mais dans le coulage (*nummum falsa fusione formare : C. Th.*, 9, 21, 3; cpr. *Röm. Münzwesen*, p. 748 [*Hist. Mon. Rom.*, t. 3, p. 15.] et c'est ce que visent les mots *conflare* et *fingere*. Par contre, le sens des mots *lavere* et *tingere* n'est pas clair ; la fabrication de fausses monnaies anciennes par l'application de feuilles d'or ou par la dorure est un fait qui n'arrive pour ainsi dire jamais.

(2) C'est à la contrefaçon, réalisée par coulage, de la menue monnaie postérieure sans valeur de métal, qu'on appelle dans le langage technique du nom de *pecuniae*, que se rapportent le passage de Firmicus, *Math.*, 6, 31 (p. 180, éd. Basil. 1551) : *qui pecunias publicas conflaturarum adulterinis artificiis imitentur*, ainsi que le *conflare pecunias* de la constitution de 356 (*C. Th.*, 9, 23, 1) et le *conflatores figurati aeris* de la constitution de 371 (*C. Th.*, 11, 21, 1).

(3) *Dig.*, 48, 10, 9, 2 : *ne quis nummos stagneos plumbeos emere vendere dolo malo vellet.*

(4) Paul, 5, 25, 1 : *qui vultu principum signatam monetam praeter adulterinam reprobaverit.* Arrien, *Epict.*, 3, 3, 3 : τὸ τοῦ Καίσαρος νόμισμα οὐκ ἔξεστιν ἀποδοκιμάσαι τῷ τραπεζίτῃ οὐδὲ τῷ λαχανοπώλῃ, ἀλλ' ἐὰν δείξῃς, θέλει οὐ θέλει προέσθαι αὐτὸν θεῖ τὸ ἀντ' αὐτοῦ πωλούμενον. On défend de faire des différences de valeur entre les monnaies d'or légalement équivalentes (*C. Th.*, 9, 22, 1). Les papyrus égyptiens montrent qu'il n'était pas rare de prescrire pour le remboursement l'emploi de monnaies du souverain régnant, ce qui était vraisemblablement inadmissible en droit.

(5) *C. Th.*, 9, 23, 1 de 356.

peines, qui sont ordinairement pécuniaires, mais qui peuvent être des peines corporelles et des peines privatives de liberté lorsqu'elles frappent des esclaves (I p. 133, n. 1. I p. 136, n. 4); toutefois cette réglementation ne peut pas en droit être réunie à la matière des crimes relatifs à la monnaie.

Le crime de fabrication de fausse monnaie est, postérieurement à Constantin, considéré comme une usurpation de pouvoirs réservés aux magistrats et en conséquence il est traité comme crime de lèse-majesté et frappé d'une peine capitale rigoureuse (1).

III. Délits commis dans un procès et délits d'avocats.

Corrupteur de juges et délits analogues.

1. Reddition d'une sentence en violation consciente de lois claires (2).

2. Lorsqu'une personne corrompt un juge ou que le juge se laisse corrompre pour rendre ou ne pas rendre un jugement (3).

3. Lorsqu'une personne corrompt ou se laisse corrompre pour déterminer le juge à rendre ou à ne pas rendre une sentence (4). (675)

4. Lorsqu'une personne corrompt ou se laisse corrompre pour qu'une action criminelle soit intentée ou non, ou pour

---

(1) Telle est la règle posée par Constance II (*C. Th.*, 9, 21, 5. tit. 23, 1) et maintenue après lui (*C. Th.*, 9, 21, 9 = *C. Just.*, 9, 24, 2), tandis que Paul (5, 12, 2) prescrit la confiscation du patrimoine et que Constantin I laisse encore subsister les anciennes peines (*C. Th.*, 9, 21, 1). *Dig* , 48, 10, 8 est interpolé. Exclusion des faux monnayeurs dans les amnisties : *C. Th.*, 9, 38, 6 = *C. Just.*, 1, 4, 3, 4.

(2) Paul, 5, 25, 4. *Dig.*, 48, 10, 1, 3. Cpr. *Cod.*, 9, 8, 1.

(3) Paul, 5, 25, 2 = *Coll.*, 8, 5, 1 = Edit de Théodoric, 91. *Dig.*, 48, 10, 1, 2. Il est surprenant que d'après la pratique judiciaire on ne condamne pas à la peine complète (*Dig.*, 48, 10, 21). Cpr. *Dig.*, 3, 6, 1, 3. *Cod.*, 7, 49, 1. — Celui qui se laisse corrompre dans un procès capital est puni comme meurtrier (II p. 350 n. 2) Théodoric, dans son édit c. 1. 2, prescrit la peine de mort pour le procès capital et une peine du quadruple pour les autres procès.

(4) Paul, 5, 25, 13. *Dig.*, 47, 10, 15, 30. Si une partie pénètre dans la maison d'un juré pendant le cours de l'instance, elle est, en vertu de la loi Julia, frappée de la peine de l'*ambitus*, c'est-à-dire d'une amende de 10,000 sesterces (*Dig.*, 48, 14, 1, 4). Le juge est exposé à l'action de *repetundae* (v. ci-dessous),

qu'un témoignage soit fourni ou non dans une action du même genre (1).

5. Lorsqu'une personne corrompt un témoin ou se laisse corrompre pour la prestation d'un faux témoignage ou pour la non prestation d'un témoignage sincère (2). Plus tard, on a fait rentrer dans le champ d'application de la loi *Cornelia* tout faux témoignage fourni par le déposant à l'encontre de sa propre conviction (3).

6. Entente pour faire condamner judiciairement un innocent (4).

7. Livraison à la partie adverse des titres confiés au représentant de l'une des parties (5).

8. Transaction avec l'accusateur dans un procès d'adultère ou dans un procès pénal non capital (6).

(676) 9. Restitution à l'une des parties, en l'absence de l'autre, des titres que deux parties avaient déposés ensemble (7).

On désapprouve d'appliquer la loi Cornélia aux allégations fausses d'une partie (8).

Faux en matière de parenté ou de rang.

IV. Faux en matière de parenté ou de rang.

1. La supposition d'enfant (9), pour laquelle le droit d'accusation est par dérogation aux règles ordinaires restreint à

---

(1) *Dig.*, 47, 13, 2. 48, 10, 1, 1.

(2) Paul, 5, 25, 2. *Dig.*, 47, 13, 2. 48, 10, 1, 2. L'action de *repetundae* est également admissible ici.

(3) Paul, *Coll.*, 8, 2 : *qui falsum testimonium dixerit, proinde tenebitur, quasi lege Cornelia testamentaria damnatus esset.* Paul, 5, 15, 5 = *Coll.*, 8, 3 = *Dig.*, 22, 5, 16 = Edit de Théodoric, 42 : *hi qui falso vel varie testimonium dixerunt vel utrique parti prodiderunt, aut in exilium aguntur aut in insulam relegantur aut curia submoventur. Cod.*, 4, 20, 13.

(4) *Dig.*, 48, 10, 1, 1. l. 9, 3. l. 20.

(5) Paul, 5, 28, 8. *Dig.*, 48, 10, 1, 6. tit. 19, 38, 8. Peine extraordinaire : *Dig.*, 47, 11, 8.

(6) Dioclétien, *Cod.*, 2, 4, 18 : *transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio* (qui était autrefois un crime capital) *non prohibitum est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.* Alexandre, *Cod.*, 9, 9, 10 : *de crimine adulterii pacisci non licet.* Cpr., *Dig.*, 48, 5, 12, *pr.*

(7) Paul, 5, 25, 10.

(8) *Dig.*, 48, 10, 29. l. 31.

(9) Tacite, *Ann.*, 3, 22. *Dig.*, 25, 3, 1, *pr.* 48, 2, 11, 1. tit. 18, 17, 2. *Cod.*, 9, 22, 1. c. 10.

ceux qui ont un intérêt personnel à la former (1) et pour laquelle la prescription est écartée (2).

2. Affirmation d'une fausse parenté pour réaliser un enrichissement injuste (3).

3. Affirmation d'une charge publique et d'un rang qu'on n'a pas (4).

Nous renvoyons à la dernière Section l'examen des cas dans lesquels on s'attribue faussement la qualité d'ingénu ou de citoyen ; car, au moins dans la dernière hypothèse, on n'appliquait certainement pas sous la République la loi *Cornelia*.

V. Faux poids et fausses mesures.

Faux poids et fausses mesures.

Si, à l'époque républicaine, le magistrat ou le mandataire de la communauté qui établissait de faux poids et de fausses mesures était exposé à une action comitiale d'amende dont le montant pouvait s'élever jusqu'à la moitié de son patrimoine (5), le même délit a été soumis par une constitution de Trajan à la répression de la loi Cornélia (6). La même peine atteint celui qui fausse des poids et des mesures officiels (7). L'action pénale ne s'étend pas au simple emploi de fausses mesures.

En dehors de ces cas d'application fixés par le droit pénal, il n'a pas été rare, à l'époque impériale, qu'en cas de déloyauté grave l'empereur, renseigné par le tribunal saisi, se soit servi de son droit d'aggraver les peines pour ordonner l'application de la loi Cornélia (8). Il faut ajouter en outre que, dans le domaine du délit de faux, les tribunaux compétents ont généralement exercé un certain pouvoir discrétionnaire qui leur permettait de réprimer toute conduite déloyale (9). (677)

(1) *Dig.*, 48, 10, 30, 1.
(2) II p. 36. *Dig.*, 48, 10, 19, 1.
(3) Paul, 5, 25, 11. *Dig.*, 48, 10, 13, *pr.*
(4) Paul, 5, 25, 12. *Dig.*, 48, 10, 27, 2.
(5) *Lex Silia*, chez Festus p. 246 *v. publica pondera* = Bruns, *Fontes* 6, p. 46.
(6) *Dig.*. 47, 11, 6, 1. *C. Th.*, 11, 8, 3 = *C. Just.*, 1, 55, 9.
(7) *Dig.*, 48, 10, 32, 1.
(8) *Dig.*, 48, 10, 31.
(9) Vente d'une même chose à plusieurs personnes : *Dig.*, 48, 10, 21. — Vente d'une chose donnée en gage faite avec la collusion du débiteur

Procès. Parmi les six *quaestiones* prétoriennes conservées ou établies par Sylla, il y en a eu une selon toute vraisemblance pour les faux en matière de testament et de monnaie (1). Du reste, il n'y a aucune particularité de procédure à signaler pour cette *quaestio*.

Peine. La peine établie par la loi Cornélia elle-même pour réprimer les délits auxquels elle s'applique en matière de testament, de monnaie et autres matières est celle du bannissement hors de l'Italie (2). A sa place apparut plus tard la déportation avec confiscation du patrimoine pour les personnes de condition élevée (3). Dans les cas les moins graves, on prononça la relégation à perpétuité avec confiscation de la moitié du patrimoine (4) ou des peines infamantes (5). Aux gens de condition inférieure, on appliqua les travaux forcés ou dans certains cas la peine capitale (6). Pour les esclaves, la mort est la peine normale (7).

3. Corruption en matière de Procès.

Corruption en matière de procès. La corruption en matière de procès, la *calumnia* (8), est un délit privé prétorien. On comprend sous ce nom l'acceptation d'une somme d'argent ou d'une valeur appréciable en argent en

---

par un créancier gagiste qui n'a pas ce pouvoir : *Cod.*, 9, 22, 15. — Mise d'une fausse date sur un titre hypothécaire au préjudice d'un créancier hypothécaire plus ancien : *Dig.*, 48, 10, 28. — Attestation d'un fait mensonger : *Cod.*, 9, 22, 13. — Le fait de susciter un procès fiscal : *Dig.*, 48, 10, 9, 4. — Conclusion d'un contrat par le tuteur ou le curateur avec le fisc avant la reddition des comptes de tutelle ou de curatelle : *Dig.*, 48, 10, 1, 9-12.

(1) I p. 236 n. 1. *St. R.*, 2, 201, n. 6 [*Dr. Publ.*, 3, 231, n. 1].

(2) *Dig.*, 48, 10, 33.

(3) Paul, 4, 7, 1. 5, 25, 1. 2. 7. 9. 10. *Dig.*, 48, 10, 1, 13. 1. 32. *C. Th.*, 9, 19, 2 *pr.* (= *C. Just.*, 9, 22, 22). Le procès est donc capital. (*Cod.*, 9, 22, 1. c. 5).

(4) Paul, 5, 25, 8. *Dig.*, 48, 10, 21.

(5) Exclusion temporaire de l'assemblée municipale : *Dig.*, 48, 10, 13, 1.

(6) Pline, *Ad Traj.*, 58 : *recitata est sententia... proconsulis, qua probabatur Archippus crimine falsi damnatus in metallum.* Paul, 5, 25, 1. 2. 7. 8. 9. 10. 13.

(7) Paul, 5, 25, 1 : *servi postve* (on doit vraisemblablement lire ainsi) *admissum manumissi capite puniuntur. Dig.*, 48, 10, 1, 13. *Insl.*, 4, 18, 7.

(8) *Dig.*, 3, 6. Cette action de l'édit n'a rien de commun avec l'action récursoire du même nom qu'on trouve dans la procédure criminelle.

retour de la promesse d'intenter contre quelqu'un une action publique, privée ou fiscale (1), ou d'influer au préjudice de cette personne sur un procès déjà intenté (2); dans ce cas la (678)
poursuite est exercée par celui auquel cet acte cause un dommage et est dirigée contre celui qui s'est laissé corrompre. On comprend aussi sous ce nom l'acceptation d'une somme d'argent ou d'une valeur appréciable en argent comme prix d'une renonciation à l'exercice d'une action d'un des genres indiqués; dans ce cas la poursuite est intentée par celui qui achète l'inaction d'une partie et est dirigée contre celui qui s'est laissé corrompre. Le fait que l'acheteur en agissant ainsi a commis un acte honteux ne fait pas obstacle à l'exercice de la poursuite. Celui qui se laisse corrompre est traité comme le *fur manifestus* et est frappé de la peine du quadruple; mais, comme pour tous les délits prétoriens, l'action se réduit au simple après l'écoulement d'une année. A côté de cette action délictuelle, il y a une action en répétition qui appartient au corrupteur, elle ne compète donc pas nécessairement à celui qui est qualifié pour intenter l'action de *calumnia*. Cette action en répétition n'est pas traitée comme action délictuelle et n'a pas lieu lorsque le corrupteur a lui-même agi malhonnêtement (3). En sa qualité d'action délictuelle, l'action de *calumnia* ne passe contre les héritiers que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (4).

4. Actions complémentaires pour cause d'injustice (*Dolus, stellionatus*).

Réprimer la violence et le dol rentre dans la tâche du droit civil, mais celui-ci n'offre dans toute son organisation ni action

Action privée extraordinaire pour cause de dol.

(1) *Dig.*, 3, 6, 1, 1.

(2) Les délits analogues de la loi Cornélia se rapportent en général au fait de provoquer une décision injuste; l'édit du préteur atteint au contraire toute molestation par un acte de procédure fait dans un esprit de chicane.

(3) L'opposition de l'action de *calumnia* et de la *condictio* est relevée par *Dig.*, 3, 6, 5, 1.

(4) *Dig.*, 3, 6, 4. 1. 5, *pr.*

de violence, ni action de dol. Dans les deux cas, l'intervention de la justice n'a lieu que par les actions spéciales, ayant un caractère principalement délictuel, ou dans les actions non délictuelles par voie de modification de la formule (I p. 102 n. 1). Lorsqu'une personne n'a pas été volée ou injuriée, lorsqu'elle n'a pas été trompée à l'occasion d'un contrat de vente ou de société ou lorsqu'elle ne peut pas réclamer une action spéciale promise par l'édit, le préteur n'est pas tenu de lui procurer un moyen de procédure à raison de la violence ou de la tromperie dont elle a été victime.

Mais les droits du préteur romain chargé de la juridiction civile sont plus étendus que ses devoirs ; s'il ne peut pas refuser à ceux qui les lui demandent les actions promises dans son édit, rien ne l'empêche d'aller plus loin et d'intervenir
(679) dans des cas concrets contre la violence ou le dol, soit en cassant des actes juridiques conclus sous la pression de la contrainte, c'est-à-dire par voie de *restitutio in integrum*, soit en accordant une action particulière (1). Le premier moyen de procédure a un caractère extraordinaire et est si étroitement uni à la partie non délictuelle du droit privé qu'il ne semble pas opportun d'en traiter à propos du droit pénal; par contre, on ne peut négliger de parler ici du second moyen de procédure.

Lorsque les actions délictuelles ou non délictuelles proposées par l'édit ne sont pas possibles et lorsqu'elles ne sont même pas applicables par voie d'interprétation extensive, mais que cependant il paraît équitable de donner une protection judiciaire, le préteur a, déjà dès l'ancien temps, donné exceptionnellement l'ordre aux jurés de prononcer une condamnation, s'ils reconnaissaient l'exactitude des faits avancés. L'introduction de l'action complémentaire extraordinaire dont

(1) Tout développement sur l'activité créatrice du préteur est ici superflue. Les exceptions, les *actiones utiles*, les actions *praescriptis verbis* sont dues à cette activité et toutes ces institutions, après avoir été des moyens de procédure extraordinaires donnés dans chaque cas concret, sont devenus des moyens de procédure ordinaires.

il est ici question, faite à la fin de la République par le jurisconsulte C. Aquilius Gallus (1) dans la liste générale des actions, fut vraisemblablement plutôt une innovation de forme qu'une innovation de fond. Cette action emprunte son nom au *dolus*, tel que nous l'avons défini dans le Livre I (I p. 99 sv.) (2), c'est-à-dire à toute injustice, à l'exclusion de celle qui est commise par violence; il y a pour cette dernière d'autres remèdes provenant de la *restitutio in integrum* et des règles qui en sont issues. Les conditions requises pour l'action de dol sont, d'une part, qu'aucun autre moyen de procédure délictuel ou non délictuel ne soit possible (3), d'autre part, que la situation concrète réclame, de l'avis du magistrat compétent, une intervention de justice (4); de cette façon la question de droit est tranchée par ce magistrat et il ne (680)
reste au juré qu'à vérifier les faits affirmés par le demandeur. A vrai dire, ce qui a eu communément lieu pour tous les moyens de procédure originairement extraordinaires s'est également produit ici : la succession des précédents judiciaires a amené la formation de certaines règles et les moyens de procédure, extraordinaires dans la forme, sont devenus au fond des moyens ordinaires, dont l'exercice était assuré pourvu que certaines conditions fussent réunies, comme par

---

(1) Il fut préteur avec Cicéron en 688/66; mais comme il présidait la *quaestio ambitus* (Cicéron, *Pro Cluentio*, 53, 147), il n'a pas introduit l'*actio de dolo* dans l'édit en qualité de préteur, mais il l'a fait, ainsi que l'indiquent d'autres traces (Cicéron, *De off.*, 3, 14, 60; *De n. d.*, 3, 30, 74; *Top.*, 7, 32), par les *responsa* qu'il donna.

(2) La définition donnée par Aquilius lui-même (Cicéron, *De off.*, 3, 14, 60 : *cum ex eo quaereretur, quid esset dolus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum;* de même, *Top.*, 9, 40; Paul, 1, 8, 1; *Dig.*, 2, 14, 7, 9) est tout au plus une explication de mot.

(3) Edit du préteur, *Dig.*, 4, 3, 1, 1 : *si de his rebus alia actio non erit.* Cette disposition ne peut faire en droit pénal l'objet d'une exposition plus détaillée.

(4) Edit du préteur, *loc. cit.* : *si justa causa esse videbitur.* L'action ne doit pas être donnée *passim* (*Dig.*, 4, 3, 9, 5), mais seulement *ex magna et evidenti calliditate* (*Dig.*, 4, 3, 7, 10). Un exemple nous est donné aux *Dig.*, 48, 10, 25 : *qui nomine praetoris litteras falsas reddidisse edictumve falsum proposuisse dicetur, ex causa actione in factum poenali tenetur, quamquam lege Cornelia reus sit.*

exemple un préjudice patrimonial résultant d'un conseil dolosif. (1) — Le délit sanctionné par l'action prétorienne de dol est à mettre sur la même ligne que les délits privés du droit civil. Cette action tend à faire obtenir le simple du préjudice subi, mais entraîne l'infamie comme les actions délictuelles civiles (2) et n'est pas transmissible contre les héritiers (3).

Action criminelle à raison du stellionat.

La répression, sous forme d'action criminelle pour cause de fourberie (*stellionatus*) (4), du dol punissable, déjà atteint par l'action privée dont nous venons de parler, n'a pas été réalisée par une loi (5), mais est résultée de la corrélation du délit civil et du délit criminel, telle que nous l'avons vue apparaître notamment en matière de violence (II p. 376); elle a donc été opérée par la science du droit et la pratique judiciaire. A l'instar de l'action de dol du droit privé, l'action de stellionat sert de moyen subsidiaire et complémentaire dans la procédure d'accusation (6). Parmi les différents cas qui rentrent dans le stellionat (7), il y a lieu de mention-

---

(1) *Dig.*, 4, 3, 8. 1. 9, 1. 1. 23. 1. 40. 50, 17, 47 *pr.*

(2) Par considération pour le défendeur (*Dig.*, 4, 3, 11, 1) ou parce que l'acte est plutôt réprouvé par le droit que par la morale (*Dig.*, 4, 3, 7, 7), on peut faire disparaître la mention du dol de la formule et l'action n'est plus infamante; mais au fond cette action n'en continue pas moins d'être délictuelle.

(3) *Dig.*, 4, 3, 17, 1.

(4) *Stellio*, à proprement parler une sorte de scorpion (Columelle, 9, 7, 3 : *venenatus stellio;* Festus, p. 313) est le fourbe (Pline, *H. n.*, 30, 10, 89 : *nullum animal fraudulentius invidere homini tradunt, inde stellionum nomine in maledictum translato*).

(5) Le stellionat est réprimé dans les formes de la procédure d'accusation (*Dig.*, 47, 11, 3 : *stellionatus vel expilatae hereditatis judicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica*); mais étant donné qu'il n'a pas de fondement légal, il n'est ni un *crimen legitimum* (*Dig.*, 47, 20, 3, 2). ni un *judicium publicum* (*Dig.*, 3, 2, 13, 8. 47, 11, 3. tit. 20, 1. *Cod.*, 9, 34, 3).

(6) Ulpien, *Dig.*, 47, 20, 3, 1 : *stellionatum obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur; quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus... nec est opus species enumerare.* Ainsi le magistrat auquel l'action est portée a également ici à procéder tout d'abord à une *cognitio causae* et à refuser ou à permettre l'exercice de l'action. (*Dig.*, 47, 20, 3, *pr.* : *stellionatus accusatio ad praesidis cognitionem spectat*).

(7) Par exemple, *Dig.*, 13, 7, 36, *pr.*

ner l'enrichissement par faux serment (1). La peine n'est pas fixe, elle est déterminée arbitrairement dans chaque cas particulier, mais ne va jamais au-delà des travaux forcés (2); l'infamie est également encourue ici à titre de peine accessoire (3). (681)

(1) Le droit pénal romain ne punit pas (Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22 : *perjurii poena divina exitium, humana dedecus,* texte où il est fait allusion à la *nota* censoriale ; cpr. *St. R.*, 2, 380 [*Dr. publ.*, 4, 58]) le faux serment comme tel (sur le serment des témoins cpr. II p. 390 n. 1 ; sur le serment par le nom de l'empereur II p. 292) ; mais si le faux serment a lieu en vue de réaliser un enrichissement, il constitue un stellionat (*Dig.*, 47, 20, 4) et est réprimé comme tel. Cette répression constitue aussi la *poena perjurii* (*Dig.*, 4, 3, 22).

(*Dig.*, 4, 3, 22).

(2) *Dig.*, 47, 20, 2 : *stellionatus judicium... coercitionem extraordinariam habet. Dig.*, 47, 20, 3, 2. l. 4.

(3) *Lex Julia municipalis*, l. 111. *Dig.*, 3, 2, 13, 8, d'après lequel il faut corriger *Dig.*, 47, 20, 2.

SECTION VI

LES DÉLITS SEXUELS

Nous traitons dans la présente Section des différents délits sexuels.

1. Relations sexuelles avec des proches (inceste) et infraction aux prohibitions de mariage.
2. Atteinte à la chasteté des femmes (*adulterium, stuprum*).
3. Proxénétisme (*lenocinium*).
4. Mariage déshonorant.
5. Bigamie.
6. Rapt.
7. Pédérastie.

Quelles que soient les différences existantes entre ces délits, soit pour les motifs, soit pour le temps et le mode de leur répression, il nous a cependant paru convenable de les réunir dans une même Section. Nous avons déjà traité de l'inceste de la Vestale dans le Livre I à propos du tribunal domestique (I p. 19 sv.) et du viol dans le Livre IV à propos de la violence (II p. 385).

1. Relations sexuelles avec des proches (inceste) et infraction aux prohibitions de mariage.

Prohibition du mariage entre parents dans le droit primitif.

Les lois religieuses ont fait rentrer dans la notion religieuse d'impureté (*incestus*), dont on trouve d'ailleurs d'autres applications, les relations sexuelles des personnes auxquelles la

proximité de la parenté interdit l'union matrimoniale (1). Sous l'empire de ces conceptions, le droit civil a, malgré la reconnaissance précoce de l'égalité des droits successoraux au profit des femmes et malgré la tendance à assurer le maintien des patrimoines des *gentes*, interdit jusqu'à l'époque de la première guerre punique les unions sexuelles en deça des limites juridiquement reconnues de la cognation, c'est-à-dire jusqu'au sixième degré (2) inclusivement (3). Dans la suite, le quatrième degré servit de limite pendant un certain temps (4); plus tard, on donna aux parents de ce degré la faculté de se marier entre eux (5) et le droit romain se maintint en cet état pendant l'époque républicaine. Quant à la question de savoir si (683)

(1) *Incestus* ou *incestum* (*castus* = pur, apparenté avec καθαρός) désigne sans doute au début l'atteinte à la chasteté contraire aux lois religieuses, en se restreignant vraisemblablement aux cas les plus graves pour lesquels aucune expiation n'est admise; ce mot embrasse donc toute profanation des liens du sang (*Blutschande*), c'est-à-dire toute relation sexuelle entre personnes qui ne peuvent pas se marier entre elles, le *stuprum* commis en violation des devoirs religieux de la prêtresse de Vesta, la participation d'un homme à un acte religieux réservé aux femmes. La notion d'inceste, étrangère au droit civil, y a causé quelque désordre lorsqu'on a voulu faire rentrer en elle l'infraction à la prohibition de mariage prononcée par l'État seul pour cause de parenté. Paul (*Dig.*, 23, 2, 39, 1) restreint avec raison l'inceste aux rapports de parenté qui d'après la loi morale (*moribus*) rendent le mariage impossible; mais il manque alors à vrai dire un terme correct pour désigner les prohibitions de mariage faites par l'État seulement et leur appellation du nom d'*adulterium* (*Dig.*, 48, 5, 7. 1. 12, 1) ou de *stuprum* (*Cod.*, 5, 4, 4) déroute tout d'abord. L'expression que j'ai choisie rend parfaitement la notion fondamentale; la terminologie traditionnelle, à consulter les sources, n'est pas ferme et je n'ai pas pu me résoudre à traiter le mariage prohibé du tuteur et de sa pupille comme *incestus juris civilis*.

(2) Ce degré est comme on sait la limite de la cognation et de sa principale manifestation: le droit d'embrasser les femmes (Polybe, 6, 11 *a*, 4); là où la cognation cesse, le mariage est permis (Plutarque, *Q. R.*, 6).

(3) Tite-Live au livre 20 (*Hermes*, 4, 372) : *P. Cloelius* [?] *primus adversus veterem morem inter septimum cognationis gradum duxit uxorem*. Tacite, *Ann.*, 12, 6 : (*conjugia*) *sobrinarum* (c'est-à-dire des cousins issus de germains) *diu ignorata... percrebuisse*. L'histoire légendaire ne se préoccupe pas de cette limite; les fils de Tarquin l'Ancien (Tite-Live 1, 42) ou, d'après la correction historique postérieure, ses petits fils (Denys, 4, 28) épousent les filles de leur sœur ou de la sœur de leur père.

(4) Ulpien, 5, 6.

(5) Plutarque, *loc. cit.*

l'alliance produit des effets juridiques analogues, on ne peut la trancher avec certitude (1).

Les prohibitions de mariage dans le droit postérieur.

La question de la nullité juridique des unions sexuelles entre proches revêtant la forme du mariage rentre dans le domaine du droit civil ; ici, nous avons à nous demander, faisant abstraction de ce fait grave que les personnes unies sont privées de tous les effets juridiques du mariage, dans quelle mesure les relations sexuelles quelconques de ces personnes donnent lieu à une répression criminelle. D'après une (684) tradition remontant à l'époque républicaine, les mariages entre cousins auraient été permis à la suite d'une action criminelle intentée à l'occasion d'un mariage de ce genre ; le procès serait venu devant le peuple à la suite de la *provocatio* formée par le condamné ; celui-ci aurait été gracié et la loi modifiée (2). Il est certain qu'antérieurement à loi d'Auguste sur le mariage il y a eu une répression criminelle des unions entre parents (3). Il est vraisemblable que cette répression, étant donné surtout qu'aucune loi spéciale en cette matière ne nous est signalée, remonte aux origines du droit pénal et peut être comptée au nombre des mesures prises contre la violation des devoirs religieux incombant aux citoyens. Abstraction faite de l'expiation religieuse qui est encore exigée plus tard (4), cette union entre proches a dû tomber sous le coup de la procédure pénale publique. Toutefois, il est difficile qu'on ait fait à l'époque historique un usage sérieux de cette procédure (5).

---

(1) D'après Cicéron (*Pro Cluentio*, 5), la belle-mère qui épouse le mari de sa fille après le divorce de celle-ci commet un acte honteux à tous égards, mais l'orateur romain ne dit pas que cet acte soit nul et encore moins qu'il soit punissable.

(2) Plutarque, *loc. cit.*

(3) L'inceste ne tombe pas sous le coup de la loi Julia dont les dispositions spéciales ne s'appliquent pas (*Dig.*, *loc. cit.*, et l. 40, 7 ; *Dig.*, 48, 18, 4 : *in incesto... lex Julia cessat de adulteriis* ; *Dig.*, 48, 18, 5) à ce *commune crimen* (*Dig.*, 48, 5, 8) ; il était donc réprimé auparavant.

(4) Tacite, *Ann.*, 12, 8 : *sacra ex legibus Tulli regis piaculaque apud lucum Dianae per pontifices danda, irridentibus cunctis, quod poenae procurationesque incesti id tempus exquirerentur.*

(5) Le procès d'inceste qui eut lieu au temps des Gracques et dans le-

Dans le droit pénal plus rigoureux de l'époque impériale, on a repris, précisé et même étendu la répression criminelle des relations sexuelles entre proches. Nous devons grouper les prohibitions d'union matrimoniale ou même d'union sexuelle quelconque, posées par le droit pénal et mentionnées dans nos sources juridiques (1). La plus grande partie de ces défenses se fondent sur la parenté et même dans des conditions telles qu'abstraction faite de toute limitation de degré la filiation ou la parenté fraternelle et celle qui lui est assimilée font un délit des rapports sexuels qui surviennent entre parents unis par ces liens (2). D'ailleurs, l'arbitraire se fait maintes fois sentir à cet égard et les prescriptions législatives changent. A cette (685) première catégorie de prohibitions s'en ajoute une autre qui repose sur des motifs divers.

Les prohibitions de mariage à l'époque impériale.

Est punissable l'union sexuelle :

1. Entre ascendants et descendants (3). Cette règle s'étend à la parenté adoptive, même lorsqu'elle est dissoute par l'émancipation (4). En outre, vis-à-vis des affranchis, bien que la notion juridique de parenté ne s'applique pas aux esclaves, la filiation de fait qui s'est produite pendant le temps de l'esclavage est assimilée à la filiation juridiquement reconnue (5).

2. Entre frères et sœurs. Cette règle s'étend, d'une part, à la parenté adoptive, aussi longtemps du moins que cette parenté

---

quel C. Curio prit la parole (*Rhet. ad Her.*, 2, 20, 33; Cicéron, *De inv.*, 1, 43, 80, *Brutus* 32, 122) se rapportait sans doute au crime d'une vestale.

(1) Pour la mésalliance, cpr. § 2 de la présente sect. ; elle ne peut pas être rangée dans la présente catégorie, car elle ne donne pas lieu à l'application d'une peine proprement dite.

(2) On peut se demander quand et comment est apparu ce système essentiellement différent des anciennes prohibitions de mariage — déterminées uniquement, semble-t-il, d'après les degrés de parenté ; — on peut également rechercher, si réellement l'alliance n'était pas encore un empêchement de mariage à l'époque de Cicéron (II p. 408 n. 1), et quand elle a revêtu ce caractère. Mais ces questions restent sans réponse comme beaucoup d'autres du même genre en droit pénal.

(3) Gaius, 1, 59 et ailleurs.

(4) Gaius, 1, 59. *Dig.*, 23, 2, 14, *pr.*

(5) *Dig.*, 23, 2, 8. l. 14, 2. *Inst.*, 1, 10, 10.

n'est pas dissoute par une émancipation (1); elle s'applique, d'autre part, en ce qui concerne les affranchis, à la parenté fraternelle de fait établie pendant la durée de l'esclavage (2).

3. Entre la femme et le frère de son père ou de sa mère ou le frère d'un ascendant plus éloigné, sans égard à la proximité de degré, parce que l'oncle et le grand-oncle occupent pour ainsi dire la place du père (3). Sous l'empereur Claude, le mariage de la nièce avec le frère de son père — mais non avec le frère de sa mère — fut légalement permis (4); l'empereur Constance II rétablit à cet égard la vieille prohibition (5).

4. Entre le mari et la sœur de son père ou de sa mère ou la sœur d'un ascendant plus éloigné, parce que cette sœur occupe la place de la mère (6);

5. L'empereur Théodose I a défendu le mariage entre cou-
(686) sins germains (7); mais cette défense fut bientôt retirée et n'a pas passé dans la législation de Justinien (8).

6. La parenté voisine de la filiation que le mariage crée entre beaux-parents et beaux-enfants, qu'on désigne sous ces noms la parenté résultant d'un mariage entre l'un des conjoints et les ascendants de l'autre ou la parenté existant en cas de second mariage entre les enfants du premier lit et l'époux dont ils ne sont pas issus, entraîne, en cas de relation sexuelle pendant la durée du mariage qui fonde la parenté,

---

(1) Gaius, 1, 61. Paul, *Coll.*, 6, 3, 2. *Dig.*, 45, 1, 35, 1. *Inst.*, 1, 10, 2. L'extinction de la puissance par la mort ne suffit donc pas.

(2) *Dig.*, 23, 2, 8. *Inst.*, 1, 10, 10.

(3) Paul, *Dig.*, 23, 2, 39, *pr.* : *sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum. Coll.*, 6, 3, 1. Dioclétien, *Coll.*, 6, 4, 5 = *Cod. Just.*, 5, 4, 17. *Inst.*, 1, 10, 3.

(4) Tacite, *Ann.*, 12, 5-7; Suétone, *Claud.*, 26. *Dom.*, 22; Dion, 71, 1; Gaius, 1, 62; Ulpien, 5, 6 et encore Dioclétien dans la constitution citée n. 3. Si Nerva a modifié cette règle, (Dion, 68, 2), ce changement a été rapidement supprimé.

(5) *Cod. Th.*, 3, 12, 1. *Cod. Just.*, 5, 8, 2. La constitution de Dioclétien (n. 3) a été, au Code de Justinien, interpolée dans le même sens.

(6) Gaius, 1, 62 et ailleurs. *Inst.*, 1, 10, 5 : *item amitam licet adoptivam uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur.*

(7) Sur cette constitution mentionnée *C. Th.*, 3, 10, 1, Ambroise, *Ep.*, 60 et ailleurs, cpr. Godefroy sur *C. Th.*, *loc. cit.*

(8) *Inst.*, 1, 10, 4.

une aggravation de peine en ajoutant l'inceste à l'adultère et laisse aux relations sexuelles le caractère d'inceste, même si elles se produisent après la dissolution du mariage (1).

7. Le rapport voisin de la parenté fraternelle que le mariage crée entre l'un des époux et les frères et sœurs de l'autre a été traité par Constance II comme empêchement au mariage au même titre que la parenté fraternelle et les relations sexuelles entre personnes unies par ce lien ont été frappées par cet empereur d'une peine (2).

8. Entre le tuteur ou le curateur et sa pupille le mariage est nul et l'union sexuelle est ordinairement réprimée par la peine de l'adultère (3).

9. On interdit en outre le mariage du gouverneur de province ou d'un des siens avec une femme de sa province (4).

10. Quant à la défense générale de se marier, qui frappe la femme adultère condamnée, nous en traiterons dans le § 3 de la présente Section suivante (p. n.).

11. Quant à la prohibition de mariage entre juifs et chrétiens, nous en avons parlé dans la Section II du Livre IV (II p. 522 n. 5).

12. Aucune peine ne réprime en général les relations sexuelles entre personnes libres et esclaves; toutefois Constantin range parmi les crimes capitaux le fait pour la femme libre d'avoir de telles relations avec son propre esclave. Comme pour tous les crimes publics, l'accusation peut être ici formée par toute personne; la peine est la mort pour les deux parties et, en outre, pour la femme l'intestabilité (5).

---

(1) Gaius, 1, 63, et ailleurs. Cette règle s'étend aussi aux enfants issus d'un mariage postérieur de l'époux séparé (*Inst.*, 1, 10, 9) et au concubinat analogue au mariage (*Cod.*, 5, 4, 4).

(2) *C. Th.*, 3, 12, 2. c. 3. *C. Just*, 5, 5, 5. c. 9.

(3) *Dig.*, 23, 2, 63. 25, 2, 17. 48, 5, 7.

(4) *Dig.*, 23, 2, 38 cpr. l. 63. *Cod.*, 5, 4, 6. D'après l'ancien droit, ce mariage est seulement nul; mais plus tard on menace en outre le magistrat d'une peine spéciale pour le cas où cette union aurait été obtenue par contrainte (*C. Th.*, 3, 11, 1 = *C. Just.*, 5, 7, 1).

(5) *C. Th.*, 9. 9, 1 = *C. Just.*, 9, 11, 1 de l'an 326. — Une loi de 319 (*C. Th.*,

(687) Eléments de l'inceste.

Pour déterminer les éléments du crime, on ne tient pas compte, dans les prohibitions fondées sur la parenté, de la question de savoir si l'union sexuelle a revêtu ou non la forme du mariage (1), tandis que dans les prohibitions arbitrairement établies par l'Etat la peine n'est encourue que s'il y a eu mariage. — On exige comme élément du crime la conscience qu'on a violé la loi, c'est-à-dire, d'une part, la connaissance de la situation de fait, d'autre part, celle de la prohibition légale. A ce dernier égard, on distingue les relations sexuelles entre proches défendues par la loi morale (2) et celles qui ne le sont que par l'Etat: l'erreur de droit ne peut pas être invoquée dans la première catégorie; dans la seconde, elle constitue dans une certaine mesure une excuse pour l'homme à la condition d'être prouvée et elle excuse pleinement la femme avant toute preuve, car elle est ici présumée jusqu'à preuve contraire. Il en résulte que fréquemment dans ce cas la peine est atténuée pour l'homme (3) et disparaît pour la femme (4). De même, le droit de dispense de l'empereur n'a dû se manifester que pour la seconde catégorie (5). Il est d'ailleurs peu probable qu'il y ait eu pour la première différence une ligne de démarcation aussi nette que pour le droit de dispense, entre les prohibitions de mariage naturelles et les prohibitions arbitraires (6). — Abstraction faite du cas précédemment indi-

---

12, 1, 6 = *C. Just.*, 5, 5, 3) a défendu sous une peine grave au décurion d'avoir communauté de vie avec une esclave.

(1) *Dig.*, 48, 5, 12, 1 : *militem qui sororis filiam in contubernio habuit... adulterii* (cpr. II p. 407 n. 1) *poena teneri rectius dicetur.* Naturellement ce qui est vrai du concubinat l'est encore plus de la relation sexuelle passagère (*Dig.*, 48, 18, 5).

(2) Inceste *moribus* (Paul, *Dig.*, 23, 2, 8. l. 39, 1) ou *jure gentium* (Papinien, *Dig.*, 12, 7, 5, 1. 48, 5, 39, 2. Paul, *Dig.*, 23, 2, 68).

(3) Papinien, *Dig.*, 48, 5, 39, 3. *Coll.*, 6, 6, 1. *Dig.*, 23, 2, 68.

(4) Paul, *Coll.*, 6, 3, 3 (défectueux au début) *qui vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri juris errore ipse poenam adulterii lege Julia patitur.* Papinien, *Dig.*, 48, 5, 39, 1. 2. Le fait que ces relations revêtent la forme du mariage rend la bonne foi vraisemblable (*Dig.*, 48, 5, 39, 1. 3).

(5) Ambroise, *Ep.*, 60. *C. Th.*, 3, 10, 1 = *C. Just.*, 5, 8, 1.

(6) La cognation la plus proche, lorsqu'elle n'est pas simplement la conséquence d'une adoption, et l'affinité la plus proche (*Dig.*, 12, 7, 5, 1)

qué, la peine encourue à raison d'une union sexuelle défendue pour cause de parenté ou d'alliance frappe également l'homme et la femme. — Enfin, pour que les éléments du crime soient réunis, il faut que celui-ci ait été consommé ; la simple tentative n'est pas ici réprimée (1).

Procès d'inceste.

La forme de procédure originairement usitée dans ce cas ne peut avoir été que celle des questeurs et des comices (2) ; (688) et celle-ci est restée dans la suite formellement en vigueur. Quant à la procédure de la *quaestio*, il est difficile qu'elle ait été appliquée à l'époque républicaine ; nulle part il n'est question ni d'une loi spéciale, ni d'une cour judiciaire particulière pour ce délit. A l'époque impériale, les procès d'inceste, lorsqu'ils ne venaient pas devant les tribunaux souverains, étaient peut-être renvoyés à la *quaestio* pour adultère (3). Mais tout témoignage fait défaut en ce sens.

Peine de l'inceste.

Bien que nous n'ayons pas de témoignages exprès, il n'est pas douteux que le droit ancien ait puni de mort l'inceste (4). De même, à l'époque impériale, les tribunaux suprêmes, qui avaient, il est vrai, le droit d'aggraver la peine, ont prononcé la peine de mort (5); mais régulièrement l'inceste est

---

rentrent dans la première catégorie; le mariage entre l'oncle et la nièce appartient déjà à la seconde. (*Coll.*, 6, 6, 1).

(1) Nous n'avons pas d'indications précises, mais on n'a pas dû procéder ici autrement qu'en cas d'adultère.

(2) Plutarque n'indique pas quel magistrat et quels comices fonctionnaient dans le procès mentionné II p. 408 n. 2.

(3) Comme argument en ce sens, on peut faire valoir que le peu de règles que nous possédons à cet égard sont exposées dans la littérature juridique à propos de l'adultère.

(4) La purification de la cité après un événement de ce genre ne se conçoit pas au début sans une peine capitale et à l'origine la procédure pénale publique ordinaire ne s'appliquait qu'en cas de crime capital. Les règles du très ancien droit n'ont vraisemblablement fait leur réapparition qu'avec la sentence capitale de l'époque impériale (n. 5). Toutefois cela n'empêche pas que le procès comitial pût aussi aboutir à une condamnation à une amende.

(5) Sous Tibère, le Sénat condamna Sex. Marius et sa fille pour cause d'inceste à être précipités du haut de la roche Tarpéienne (Tacite, *Ann.*, 6, 19. Dion, 58, 22). Il y avait vraisemblablement des précédents de l'époque républicaine en ce sens.

alors puni de la déportation (1). Dans la dernière période, des tentatives ont été faites pour aggraver sérieusement les peines, elles n'ont jamais réussi (2) d'une manière durable (3).

2. Atteinte à la chasteté des femmes (*Adulterium, Stuprum*).

La discipline domestique et la femme romaine.

(689)

La femme libre romaine est obligée par la loi morale de s'abstenir de tout commerce charnel avec un homme avant son mariage et de n'en avoir après son mariage qu'avec son mari ; par contre, l'homme n'est soumis à la même loi morale qu'autant qu'en portant atteinte à la chasteté d'une vierge ou de l'épouse d'autrui il se rend complice de celle-ci. L'observation de cette double loi morale est assurée en droit romain par la discipline de la *domus* et nous savons d'après ce qui a été précédemment dit (I p. 24) que le tribunal domestique avait en pareille matière la faculté de condamner jusqu'à la peine suprême. Mais tandis que ce tribunal est, par son organisation même, en situation de réprimer toute atteinte à la chasteté commise par une femme romaine, il ne peut atteindre que le complice mâle *in patria protestate* et encore celui-ci ne peut-il être appelé à rendre compte de son acte que devant le tribunal de sa propre *domus* (4); seul le tribunal domestique de l'État, plus relevé que les autres, celui du collège des pontifes, était compétent tout à la fois vis-à-vis des filles en la puissance de la cité et vis-à-vis de leurs amants. Abstraction faite de cette procédure pontificale, la rigueur originaire des tribunaux domestiques appartient à l'époque préhistorique et se laisse plutôt conjecturer que prouver. Même vis-à-vis

---

(1) Paul, 2, 26, 15. *Dig.*, 48, 5, 12, *pr.* tit., 18, 5. Dioclétien, *Coll.*, 6, 4, 3 désigne aussi ce crime comme capital. En cas de délit moindre, la peine de l'adultère suffit bien II p. 412 n. 4. A cette peine s'ajoute pour la femme, comme en cas d'adultère, la défense de se marier (*Dig.*, 48, 5, 14, 4).

(2) *C. Th.*, 3, 12, 3 = *C. Just.*, 5, 5, 6. Justinien, *Nov.*, 12.

(3) Constance prescrivait également pour ce cas la peine de mort : *C. Th.*, 3, 12, 1.

(4) Il est tout au moins douteux que la faculté reconnue dans une certaine mesure par Auguste de tuer le complice de la femme adultère remonte à une coutume de l'époque républicaine.

des filles de famille, cette juridiction paraît avoir perdu rapidement du terrain ; l'impossibilité d'appliquer la même mesure aux deux coupables a dû contribuer à ce recul. On conçoit par suite que souvent l'offensé se soit ici, notamment en cas d'adultère, fait justice à lui même (1); la seule importance de cette vengeance pour le droit pénal fut que, dans les cas où l'homme coupable d'adultère était maltraité ou tué, la procédure d'injure ou de meurtre, possible en droit strict, restait fréquemment inefficace. La discipline domestique ne rentrant pas dans le domaine des institutions organisées par l'État, l'autorité publique n'avait pas à rechercher si cette répression domestique avait été exercée ou non.

La procédure privée et publique de l'époque républicaine en matière d'impudicité.

Le droit de l'époque républicaine ne s'est pour ainsi dire pas occupé des atteintes à la chasteté des femmes (2). S'il est vrai, ce qui d'ailleurs ne peut pas être prouvé, que dans l'ancien mariage religieux le divorce (3) n'était juridiquement possible que pour un juste motif, ce caractère a dû appartenir en première ligne à l'adultère. Le droit matrimonial tel que nous le connaissons et tel qu'il existait certainement déjà dans les derniers siècles de la République donne à chaque partie la faculté de divorcer et n'exige pour cela aucune raison. A vrai dire, la femme divorcée peut, lors de la demande en restitution de la dot, subir, si elle s'est rendue coupable d'adultère, une retenue d'un sixième de sa dot, tandis que pour tout autre acte de mauvaise conduite elle ne perd qu'un huitième (4) ; mais ces règles montrent seulement que, déjà vers le milieu de la République, on se montrait peu sévère pour (690)

(1) Val. Max., 6, 1, 13.

(2) La déchéance des droits politiques (notation censoriale) et de la capacité d'être représentant dans une action privée (infamie prétorienne), qui s'attache à ces actes immoraux, comme à d'autres que le droit ne punit pas, n'appartient pas au droit pénal.

(3) La loi de Romulus d'après laquelle en cas de divorce injuste la moitié du patrimoine du mari doit échoir à la femme et l'autre moitié à l'État (Plutarque, *Rom.*, 22) peut tout au plus avoir été un pieux souhait des pontifes.

(4) Caton, chez Aulu-Gelle, 10, 23. Ulpien, 6, 12.

l'impudicité. — Dans le droit pénal de l'époque républicaine, les atteintes à la chasteté des femmes, si nous faisons abstraction du viol dont il a été parlé à un autre endroit (II p. 385), ne jouent qu'un rôle aussi secondaire que dans la partie non délictuelle du droit civil. L'action privée d'*injuria* s'est difficilement étendue à cette matière, étant donné le champ d'application restreint du droit des XII Tables (1). Dans son développement postérieur, cette action n'appartient ni à la femme ni à la jeune fille séduite ; celles-ci en sont privées à raison du consentement qu'elles ont donné à la faute et à raison de leur complicité. Elle ne peut être refusée aux proches que cet acte a offensés, c'est-à-dire au père ou au mari ; mais l'amende, qui est ici seule possible, n'est pas adéquate à la faute morale. — La République a sans doute appliqué à la tenue des maisons publiques, comme aux jeux de hasard, la répression par voie de procédure pénale publique ; Plaute connaît, en effet, une loi contre le proxénétisme (2) et la tenue d'une liste officielle des prostituées de profession (I p. 183 n. 2) ne peut avoir eu d'utilité que pour le droit pénal ; nous connaissons aussi, abstraction faite de la juridiction répressive des magistrats sur les femmes qui pouvait également fonctionner indirectement ici (3), des actions pénales édiliciennes contre des femmes mal
(691) famées (4). Mais ce furent sans doute des mesures exception-

(1) Quant aux manquements à la chasteté qui constituent une *injuria*, il en sera traité dans la Section relative à ce dernier délit. En pratique, il faut tenir compte à cet égard que la tentative, qui n'est pas punissable dans la matière des crimes contre la chasteté, l'est au contraire dans celle de l'*injuria*.

(2) Plaute, chez Festus, *Ep.*, p. 143 : *neque muneralem legem leque lenoniam, rogata fuerit necne, flocci aestimo.* La première loi est, comme l'ajoute Festus, la loi Cincia de 550/204, la seconde est donc certainement aussi une loi romaine.

(3) I p. 163 n. 3. L'affirmation de Caton que l'adultère et le *veneficium* vont de pair montre le procédé suivi par les magistrats qui évidemment ne pouvaient intervenir contre l'impudicité sans une loi pénale qui les y autorisât directement.

(4) *St. R.*, 1, 166. 2, 493, n. 3. [*Dr. publ.*, 1, 190. 4, 187, n. 2]. Une telle action fut également intentée contre un homme en 426/328 pour cause de séduction d'une femme mariée (Tite-Live, 8, 22, 3). Cpr. la dernière Section du présent Livre.

nelles pour des cas graves de scandale public, elles ne réagirent certainement que dans une faible mesure contre les crimes d'impureté et cette molle attitude de la République en la matière est en partie cause de la décadence générale des mœurs et de l'audacieux étalage du vice qui se produisirent alors.

La loi d'Auguste sur l'adultère.

Même lors de la grande réforme du droit criminel opérée au cours du dernier siècle de la République, le législateur ne réprime pas les atteintes à la chasteté. Mais la législation d'Auguste sur le mariage de 736/18 comprend une *lex Julia de adulteriis* (1), qui applique aux atteintes à la chasteté la procédure d'accusation et les frappe d'une peine criminelle. Cette loi est l'une des innovations les plus énergiques et les plus durables qu'enregistre l'histoire du droit pénal. Elle est restée jusqu'à la fin du droit romain la loi fondamentale pour ces délits (2).

Femmes qui ne sont pas soumises au précepte de la chasteté.

Le droit ne tient compte des manquements à la chasteté que s'ils sont commis par une femme libre soumise au devoir de

(1) La *lex edicta* et ensuite *sublata* dont parle Properce, 2, 7, quelques années auparavant, ne semble pas, ainsi que l'admet Jörss dans un écrit jubilaire qu'il m'a dédié (1893), être une loi promulguée puis supprimée, mais un projet de loi qui fut retiré. La *lex Julia de adulteriis*, d'après la remarque exacte de Jörss *loc. cit.*, p. 36, est celle par laquelle Auguste, d'après Suétone (*Aug.*, 34. Cpr., *Dig.*, 38, 11, 1 *in fine*), rendait les divorces plus difficiles; elle se place donc à une époque postérieure à la *lex Julia de maritandis ordinibus* de 736/18. Parmi les historiens, il n'y a que Suétone *loc. cit.*, et Tacite, *Ann.*, 3, 24, qui mentionnent au nombre des lois d'Auguste celle *de adulteriis et de pudicitia*, encore Tacite ne le fait-il qu'incidemment; lorsque Dion 54, 6, traite de la législation d'Auguste, son exposé exclut plutôt qu'il n'embrasse la *lex de adulteriis*, mais celle-ci est nettement visée dans une poésie d'Horace († 746) qui n'est postérieure que de peu d'années à cette loi, *Carm.*, 4, 5, 21 : *nullis polluitur casta domus stupris; mos et lex maculosum edomuit nefas; laudantur simili prole puerperae; culpam poena premit comes* (de même, Ovide, *Fast.*, 2, 139 et sv.). — La loi s'appelle *lex Julia de adulteriis coercendis* (Paul, *Coll.*, 4, 2, 1 et dans la rubrique des *Dig.*, 48, 5, également aux *Dig.*, 4, 4, 37, 1. *Cod.*, 9, 9, 3. c. 17. *Inst.*, 4, 18, 4; en outre, Martial, 6, 7. 22); le *stuprum* est incorrectement ajouté dans la rubrique du *C. Just.*, 9, 9, contrairement à celle du *C. Th.*, 9, 7.

(2) La constitution de Domitien — sans doute un édit — n'a manifestement eu pour but que de recommander l'application de la loi. Cette constitution est fréquemment mentionnée dans le livre 6 de Martial (*Ep.*, 2, 4. 7. 22. 45. 91).

l'honnêteté (*matrona, materfamilias*) (1), mais ici la répression s'étend toujours au complice mâle. Les esclaves du sexe féminin ne tombent pas sous le coup de cette loi (2) ; il en est
(692) de même des femmes mariées ou non mariées dont on n'exige pas l'honnêteté à raison de leur condition de vie : ce sont les filles publiques, aussi longtemps qu'elles persistent dans leur profession (3), les tenancières de maisons publiques (4), les actrices (5), les tenancières de locaux ouverts au public (6), les femmes vivant dans un concubinage indécent (7). Mais le simple fait de mener une vie dissolue ne soustrait pas la femme romaine libre aux conséquences juridiques de ses manquements à la chasteté (8) et son amant n'y échappe pas da-

---

(1) *Dig.*, 47, 10, 15, 15. 48, 5, 14, *pr. Cod.*, 9, 9, 28. Dans cet ordre d'idées, ces termes sont également employés pour désigner la femme non mariée.

(2) Paul, 2, 26, 16. *Cod.*, 9, 9, 24 et ailleurs. Le commerce charnel avec une esclave peut être punissable comme dommage causé au bien d'autrui, mais il ne rentre pas dans l'*injuria* et ne tombe pas sous le coup de la loi Julia. Les femmes affranchies sont soumises à la loi, car déjà sous la République on considère l'affranchissement comme procurant la pleine liberté.

(3) *Dig.*, 48, 5, 14, 2 : *et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune stuprum in ea committeretur* ; édit de Théodoric, 62.

(4) *Dig.*, 48, 5, 11, 2.

(5) *Dig.*, 48, 5, 11, 2.

(6) Paul, 2, 26, 11 : *cum his quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.* Constantin, *Cod. Th.*, 9, 71 = *C. Just.*, 9, 9, 28, soustrait à l'action d'adultère les *ministra dominae*, mais non la *domina cauponae.* — Ces exemples suffisent ; il n'est pas nécessaire en droit pénal de chercher à délimiter d'une manière plus précise cette catégorie de personnes,

(7) Si l'on fait abstraction du concubinat du patron avec son affranchie qu'on considère comme ne choquant pas les convenances (*Dig.*, 23, 2, 41, 1), une telle union, bien que permise d'une manière générale par le droit (*Dig.*, 25, 7, 3, *pr.*), n'est sans danger que si elle a lieu avec une femme non soumise au précepte de chasteté (Ulpien, *Dig.*, 25, 7, 1, 1 : *puto solas eas in concubinatu haberi posse sine metu criminis* — de l'accusation pour cause de *stuprum* — *in quas stuprum non committitur*). Avec une autre personne le concubinat n'est permis qu'à la condition de déclarer devant témoins qu'on la prend pour concubine (*Dig.*, 25, 7, 3, *pr.*), et du même coup cette femme perd la qualité de *matrona* (*Dig.*, 48, 5, 14, *pr.*).

(8) L'impunité n'est assurée que par l'inscription sur la liste des filles publiques ou par le fait d'embrasser une profession qui donne la même liberté (*Dig.*, 48, 5, 11, 2).

vantage, à moins qu'il n'ait pu se tromper sur la condition de cette femme (1). — La condition de l'homme coupable n'a aucune importance, le crime contre la chasteté peut être commis même avec un esclave (2).

(693) Notion du mariage permis et protégé.

La loi n'autorise donc la femme tenue du devoir de chasteté à avoir des relations sexuelles que dans le mariage ou dans une union équivalente. La notion du mariage embrasse en droit pénal, non seulement les « justes noces » (*justae nuptiae*), qu'elles soient romaines ou pérégrines, mais même toute communauté de vie dans laquelle les personnes unies se comportent comme gens mariés et observent la monogamie, bien qu'il n'y ait pas de *justae nuptiae*. Sous le nom de *justae nuptiae*, les Romains entendent le mariage fondé sur le *conubium* des deux parties, c'est-à-dire sur le droit reconnu par l'État aux deux parties de conclure une union matrimoniale, et produisant les effets civils du mariage, notamment le transfert du droit personnel du père aux enfants conçus dans le mariage et, lorsque le père est citoyen romain, la subordination des enfants à la puissance du *paterfamilias* (3).

---

(1) *Cod.*, 9, 9, 22 : *si ea quae tibi stupro cognita est passim venalem formam exhibuit ac prostituta meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen in ea cessat.* La disposition relative à l'*injuria* pour le cas où des femmes libres se montrent publiquement en tenue d'esclaves ou même de filles publiques (*Dig.*, 47, 10, 15, 15) s'applique également ici dans la mesure où l'homme a pu être trompé par ce costume. Cette règle donne aussi la solution de la controverse des rhéteurs sur le point de savoir si un adultère peut être commis dans une maison publique (Quintilien, *Inst.*, 7, 3, 6).

(2) Les conséquences de l'adultère commis avec l'esclave, abstraction faite du droit de mise à mort (*Coll.*, 4, 3, 2), ne font l'objet que de mentions étonnamment rares (*Dig.*, 48, 5, 34, *pr. Cod.*, 9, 9, 25). Ce n'est pas sans hésitation que les jurisconsultes ont admis l'action d'adultère contre l'épouse coupable, lorsque cette action ne pouvait pas être intentée contre son complice, par exemple parce que celui-ci était mort. En cas d'adultère commis avec un esclave, la procédure contre ce dernier est rendue plus difficile, notamment lorsqu'il est la propriété de la femme coupable ou de l'accusateur. Peut-être les documents contiennent-ils une lacune à cet égard ; tels qu'ils se présentent à nous, on doit passer outre à cette hésitation, car sans cela, il n'y aurait pas de protection juridique contre un tel adultère.

(3) La notion romaine de *justae nuptiae* ne se restreint pas au mariage romain ; le mariage contracté d'après le droit athénien est aussi pleine-

Mais il n'y a également aucune peine pour le *matrimonium injustum*, c'est-à-dire pour l'union sexuelle à tous égards identique aux *justae nuptiae* sauf cette double différence que les contractants n'ont pas le *jus conubii* et que les enfants suivent la condition de la mère. De même, la loi d'Auguste sur le mariage ne s'applique pas non plus à cette union sexuelle dans laquelle, malgré l'identité de droit de cité, les conséquences juridiques du mariage sont écartées, soit par une prohibition de mariage de la part de l'État, soit à raison d'un accord des parties, c'est-à-dire d'après le langage romain au concubinat, qui n'est apparu comme institution juridique qu'à la suite de la législation d'Auguste sur le mariage (1).

(694) *Stuprum et adulterium.*

Toute union sexuelle qui ne rentre pas dans les limites que nous venons d'indiquer tombe sous le coup de la loi pénale. Celle-ci réprime le commerce sexuel (2) avec la femme non

---

ment valable que celui qui est conclu conformément au droit romain. Le *matrimonium juris gentium* dont parlent les modernes est une contradiction *in adjecto*. La complète validité du mariage se rattache comme tous les droits personnels à une communauté juridiquement reconnue.

(1) Le fait de mener une vie commune, analogue à celle du mariage, avec une femme qu'on ne traitait pas comme épouse n'a pas, à l'époque républicaine, paru répréhensible au point de vue moral, quand il a eu lieu de la part d'hommes non mariés, notamment lorsque la femme était de condition inférieure et surtout quand il se produisait entre un patron et son affranchie ; le droit romain n'a certainement pas traité alors ces relations autrement que toute union sexuelle en dehors du mariage. Lorsque la législation d'Auguste a rangé le *stuprum* parmi les délits, ces femmes quasi-épouses ne pouvaient être ni frappées par la loi pénale, ni assimilées à des filles publiques ; et c'est ainsi que cette loi créa l'institution juridique du concubinat (*Dig.*, 25, 7, 3, 1). En particulier, les personnes auxquelles la loi imposait l'obligation de faire un mariage en rapport avec leur rang pouvaient sans contrevenir au droit pénal contracter avec une femme de condition inférieure une union analogue au mariage; cette faculté appartenait notamment à l'homme de rang sénatorial vis-à-vis des affranchies. En général, lorsqu'une union de ce genre était établie, on présumait que l'on avait eu l'intention de contracter un mariage (*Dig.*, 23, 2, 24), mais on autorisait la déclaration expresse qu'on avait simplement voulu conclure un concubinat (*Dig.*, 25, 7, 3, *pr.*), et celle-ci suffisait à exclure le *stuprum*. Le principe de la monogamie était ici maintenu (Paul, 2, 20, 1 : *eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.*)

(2) La puberté n'est requise que parce que le délit suppose des deux côtés une faute consciente. Si l'action d'adultère n'est possible qu'autant

mariée, c'est-à-dire le *stuprum* au sens restreint du mot (1), et le commerce sexuel de la femme mariée avec un autre que son mari, c'est-à-dire l'*adulterium* (2). — La notion de mariage, sur laquelle repose celle d'*adulterium*, doit de nouveau être prise dans le sens large précédemment indiqué ; il y a adultère même au cas de violation d'un *matrimonium injustum* (3) ou du concubinat (4). — Dans une même conception large, on décide qu'il n'y a pas adultère, lorsque les relations (695)
sexuelles ont lieu avec une femme dont le divorce est nul en droit strict (5). — La *lex Julia* ne s'applique pas aux fiancés ; par contre, le droit postérieur met le commerce charnel avec la fiancée d'autrui sur la même ligne que l'adultère (6). Les

---

qu'on a atteint l'âge requis pour le mariage (*Dig.*, 48, 5, 14, 8. l. 37), elle a toutefois été permise même avant cet âge dans la mesure où elle a été étendue aux simples fiancés (*Dig.*, 48, 5, 14, 8) et c'est ainsi qu'on a statué sur le *stuprum* commis avec une jeune fille libre non encore nubile. Lorsque le *stuprum* a été commis avec des enfants proprement dits, c'est par l'action d'injure que la répression peut en être poursuivie.

(1) *Stuprum*, au point de vue philologique, désigne purement et simplement l'impudicité, qu'elle soit commise avec des femmes mariées ou non mariées ou avec des hommes ; c'est pourquoi la *lex Julia de adulteriis* emploie cette expression même pour désigner l'adultère (Papinien, *Dig.*, 48, 5, 6, 1. Modestin, 48, 5, 35, 1. 50, 16, 101). Dans le langage postérieur des jurisconsultes, le mot est le plus souvent employé par opposition à *adulterium*. — Quant à la pédérastie, également désignée sous le nom de *stuprum*, nous en traitons spécialement (II p. 431). — Nous avons déjà fait remarquer précédemment (II p. 407 n. 1) que *stuprum* et *adulterium* sont parfois employés pour désigner le mariage prohibé ; cet abus de terminologie n'a pas obscurci la distinction des notions juridiques.

(2) Le mot se rattache sans doute à *adulari* et embrasse l'adultère et celui qui dit de fausses flatteries. Les anciens (Festus, p. 22 ; de même Papinien, *Dig.*, 48, 5, 6, 1 et Isidore, 5, 26, 13) pensent que l'*adulter* et l'*adultera* sont ainsi nommés, *quod et ille ad alteram et haec ad alterum se conferunt*.

(3) L'action d'adultère est admise contre l'épouse qui ne vit pas en *justae nuptiae*. Ulpien, *Dig.*, 48, 5, 14, 1 : *sive justa uxor fuit sive injusta, accusationem instituere vir poterit*. De même, Papinien, *Coll.*, 4, 5, 1, la permet, si un *civis Romanus sine conubio peregrinam in matrimonio habuit*.

(4) Ulpien, (*Dig.*, 48, 5, 14, 4) admet l'action d'adultère non seulement en cas de concubinat (*Dig.*, 48, 6, 14, *pr.*), mais même, *si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest*. En conséquence, l'union de même nature que le mariage, conclue contrairement à une prohibition de mariage, doit être punie comme inceste et protégée contre l'adultère.

(5) *Dig.*, 48, 5, 44.

(6) *Dig.*, 48, 5, 14, 3. *Cod.*, 9, 9, 7.

relations sexuelles entre fiancés paraissent avoir toujours été traitées comme *stuprum*.

Eléments des délits.

Dans le *stuprum* comme dans l'adultère, il fallait pour que la peine fut applicable, que les personnes qui avaient eu commerce entre elles aient eu conscience de commettre un délit, c'est-à-dire, étant donné que la connaissance de la loi morale réprimant ces actes était une chose qui allait de soi, qu'elles aient connu les circonstances de fait qui fondaient l'un ou l'autre délit (1). On exigeait en outre la consommation de l'acte (2), la simple tentative n'était traitée que comme *injuria*. Toutefois la peine a été, dans ce dernier cas, notablement aggravée par le droit postérieur (3). Comme cela a lieu en général dans le droit pénal romain, l'aide donnée aux coupables est assimilée au crime lui-même (4). Pour les actes d'assistance punis comme proxénétisme, il faut consulter le paragraphe suivant.

(696) Procès d'adultère.

Le procès d'adultère présente de nombreuses et importantes particularités de procédure. Pour le délit nouvellement introduit parmi les *judicia publica*, on établit une *quaestio* spéciale sous la présidence d'un préteur (5) ; mais on doit laisser indécis le point de savoir si le ressort de cette cour judiciaire se restreignait à Rome ou s'étendait à toute l'Italie. Cette *quaestio*

---

(1) La femme, qui par suite d'une erreur de fait considère son mariage encore existant comme dissous, ne commet pas d'adultère, lorsqu'elle entretient des relations sexuelles avec un autre homme (*Dig.*, 48, 5, 12, 12). L'union sexuelle d'un homme avec une femme mariée qu'il tient pour célibataire est bien un adultère pour la femme, mais non pour lui. Du reste, ces distinctions ont peu d'importance : un tel commerce est ordinairement un *stuprum*, lorsqu'il n'est pas un adultère ; en outre, ces deux délits donnent lieu à une répression peu différente.

(2) Plus nettement encore que des termes de la loi (*Dig.*, 48, 5, 13 : *ne quis posthac stuprum adulterium facito ;* d'après l'explication d'Ulpien *stuprum vel adulterium inferre*) cette règle ressort de ce que ce crime est toujours considéré comme bilatéral et de ce qu'il n'est nullement question à son occasion des actes de tentative, tandis qu'il est traité de ces derniers en détail à propos de l'*injuria*.

(3) Cpr. la Section de l'*injuria*.

(4) La peine frappe aussi celui *qui suasit* (*Dig.*, 48, 5, 13). Toutefois, il faut ajouter que cette action ne pourra être intentée que lorsque les auteurs mêmes du crime auront été condamnés.

(5) Dion, 54, 30.

subsistait certainement encore sous Septime Sévère (1). Dans les provinces, les procès venaient devant le gouverneur (2) ; toutefois Caracalla les a confiés au *procurator* des finances, sans doute à raison des confiscations particulièrement importantes dans ces procès, mais ce ne fut là qu'une réforme éphémère (3). Il n'est pas vraisemblable que les tribunaux romains n'aient été compétents que pour les procès d'adultère dans lesquels au moins l'un des deux défendeurs était citoyen romain ; il est probable qu'on a utilisé la notion large de mariage pour déterminer à cet égard la compétence du tribunal (4).

La faculté d'exercer l'action en cas de manquement à la chasteté a en principe, d'après la loi d'Auguste, la même étendue que dans toute procédure de *quaestio*. Mais le droit général de préférence des personnes qui élèvent l'accusation dans leur propre intérêt a fait ici l'objet d'une réglementation lé- (697)
gale pour le cas où l'accusation a été précédée du divorce pour cause d'adultère. En pareil cas, pendant les soixante

---

(1) I p. 256. La remarque faite par Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr.*, sur le *judicium publicum* pour cause d'adultère prouve que ce tribunal était encore en pleine activité sous Septime Sévère et que de toutes les *quaestiones* celle-ci était vraisemblablement la plus occupée. Si Dion (76, 16) dans son premier consulat, qui se place également sous Septime Sévère, trouva sur la liste des accusations 2000 procès d'adultère — dont la plus grande partie avait sans doute été abandonnée par les accusateurs, — la question se pose naturellement de savoir si ces procès venaient alors devant les consuls et le Sénat, mais il n'est pas impossible que Dion, comme consul, se soit informé de l'état des accusations pendantes devant cette *quaestio*. Du reste, l'importance donnée dans la littérature juridique à l'étude de l'adultère (II p. 229 n. 2) montre que cette *quaestio* a pris plus tard dans l'étude juridique du droit criminel une place prépondérante.

(2) Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr* : *magistratus... cum publici judicii habeant exercitionem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Juliae de adulteriis.* Le texte peut notamment être rapporté au gouverneur de province.

(3) I p. 322. *Coll.*, 14, 3, 3.

(4) On peut bien se demander si la loi *Julia* voulait atteindre les manquements à la chasteté d'une manière générale, comme cela avait eu lieu pour le meurtre et la violence, ou si, comme cela pouvait paraître naturel en matière de mariage, elle n'avait visé que les unions dans lesquelles l'une des parties au moins possédait le droit de cité romaine. Mais pratiquement la répression criminelle ne pouvait pas réagir efficacement contre l'impudicité, si elle n'atteignait pas les époux nombreux, notamment dans la capitale, qui ne jouissaient pas du droit de cité.

jours qui suivent le divorce, l'accusation ne peut être formée tout d'abord que par le mari et après lui par le père de la femme (1). Pour l'exercice de ce droit de préférence, on ne tient compte que des *justae nuptiae*, tandis que partout ailleurs en droit pénal on adopte la notion large de mariage (2). Dans quelle mesure l'action récursoire fondée sur la *calumnia* est-elle exclue, lorsque le procès d'adultère est intenté par une personne privilégiée, c'est un point que nous avons exposé dans le Livre III (II p. 184 n. 1).

L'exercice de l'action est restreint vis-à-vis de la femme mariée. La violation d'un mariage existant ne permet d'intenter l'action pénale ni contre la femme, ni contre son complice (3) ; le divorce doit toujours précéder cette action, le mari est même parfois tenu de divorcer (II p. 428 n. 1). Si la femme divorcée vit dans un second mariage contracté avant la *denuntiatio* du mari précédent, l'action est possible, mais elle doit d'abord être dirigée contre le complice de la femme et ne peut être intentée contre celle-ci qu'autant que le complice a été condamné (4). Abstraction faite de ce cas, le demandeur a la faculté d'agir à son gré en premier lieu contre la femme ou contre le mari, mais il ne peut pas agir contre les deux en même temps (5). Si pour une raison quelconque l'accusa-

---

(1) Tacite, *Ann.*, 2, 85. *Dig.*, 48, 5, 2, 8. 9. l. 3. l. 4, *pr.* 1. l. 12, 6. l. 15, 2. l. 16, *pr.* 5. l. 27. l. 30, 5. l. 31, 1.

(2) Papinien, *Coll.*, 4, 5, 1 exprime cette règle pour le mariage conclu en l'absence de *conubium*. Ulpien (*Dig.*, 48, 5, 14, *pr.* 1. 4) doit aussi être compris en ce sens ; il accorde bien à l'homme vis-à-vis de l'*uxor injusta* le droit d'exercer l'action, mais il ne lui donne pas le privilège dont jouit le véritable époux.

(3) *Dig.*, 48, 5, 12, 10 : *ignorare non debuisti durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri, sed nec adulterum interim accusari posse. Dig.*, 48, 5, 27, *pr. Cod.*, 9, 9, 11. Par contre *Dig.*, 48, 5, 40, 1 permet d'une manière générale aux tiers de former une accusation d'adultère même pendant la durée du mariage. La constitution contenue au *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29 (ici restriction plus étendue) restreint cette faculté au mari et aux plus proches parents, et cette constitution suppose certainement l'existence du mariage. Dans la *Nov.*, 117, 8, le divorce suit aussi la condamnation.

(4) *Dig.*, 48, 5, 2, *pr.* 5. l. 12, 11. l. 18, 6.

(5) *Dig.*, 48, 5, 16, 9. l. 18, 6. l. 33, 1. l. 40, 6. 48, 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 9, 8.

tion devient impossible contre l'une des deux parties, cela n'empêche nullement d'agir contre l'autre (1). (698)

La procédure de la preuve est particulièrement rigoureuse dans l'action d'adultère parce qu'on écarte ici la règle générale d'après laquelle l'esclave n'est pas admis à déposer contre son maître (II p. 92 n. 2).

Enfin, contrairement à la règle générale d'après laquelle le crime ne se prescrit pas, l'action d'adultère s'éteint par prescription d'une double manière : d'une part, toutes les actions fondées sur la loi Julia s'éteignent par l'expiration d'un délai de cinq ans, à compter du jour où le délit a été commis (2) ; d'autre part, lorsqu'il y a eu divorce pour cause d'adultère, l'action doit être intentée dans un délai de six mois (3) à partir du jour où le crime a été commis, si la femme n'est pas mariée, et à partir du jour du divorce, si elle est mariée (4). Dans ce délai de six mois, les deux premiers sont, comme nous l'avons dit, réservés à l'ancien mari et au père de la femme divorcée.

Nous avons déjà exposé à propos du meurtre (II p. 339 sv.) et nous exposerons à propos de l'*injuria* dans quelle mesure la justice privée trouve encore place, même dans le droit récent, en cas de manquement à la chasteté et notamment d'adultère.

Peine de l'adultère.

La peine, encourue en cas de manquement à la chasteté, atteint également la femme et l'homme ; quant à l'inégalité

Cela est sans doute prescrit pour diriger tout d'abord l'accusation contre celui qui est le principal coupable au point de vue moral. La nomination du complice dans l'action d'adultère dirigée contre la femme n'est pas requise par le droit (Quintilien, *Inst.*, 7, 2, 52).

(1) *Dig.*, 48, 5, 12, 4. l. 20, *pr.* 1. l. 40, 2. l. 45.

(2) *Dig.*, 48, 5, 30, 5-8, spécialement 6 : *melius est dicere omnibus admissis ex lege Julia venientibus quinquennium esse praestitutum.* 48, 5, 12, 4. tit., 16, 1, 10. *Cod.*, 9, 9, 27. Pour ce délai, on ne se préoccupait pas de savoir si l'exercice de l'action était possible ou non (*Dig.*, 48, 5, 32, *pr.*). — Le délai de prescription posé par Auguste en 752/2 pour des procès de ce genre (Dion, 55, 10) était sans doute un délai qu'on avait abrégé par exception.

(3) *Dig.*, 48, 5, 30, 5. tit., 16, 1, 10. *Coll.*, 4, 4, 1. *Cod.*, 9, 9, 6. Ici, on ne compte que les jours pendant lesquels le demandeur était en situation d'introduire l'action.

(4) *Dig.*, 48, 5, 30, 5, où au *dies commissi criminis* il faut bien ajouter la condition que le mari ait eu connaissance du crime.

éventuelle de la faute morale, il n'en est pas tenu compte au moins dans la loi. Cette peine est en principe la même pour le *stuprum* et l'*adulterium* et consiste, d'après la *lex Julia*, pour partie dans la relégation, sauf à assigner à ceux qui sont condamnés pour un même crime des lieux de séjour différents, pour partie dans une peine patrimoniale, qui est la confiscation de la moitié du patrimoine, s'il s'agit d'un homme ou d'une
(699) femme non mariée, la confiscation du tiers du patrimoine et de la moitié de la dot, s'il s'agit d'une femme mariée (1). Pour les personnes de condition inférieure, auxquelles ces peines ne conviennent pas, on leur inflige, d'après le droit postérieur, une correction corporelle (2). A ces peines s'ajoute pour la femme condamnée la défense de contracter un nouveau mariage (II p. 428 n. 4). Plus tard, la répression fut aggravée. Déjà d'après les constitutions du IIIe siècle, l'adultère était un crime capital (3) et Constantin a énergiquement ordonné d'exercer cette procédure capitale (4). Cet état de choses s'est maintenu jusqu'à la fin du droit romain et même dans les amnisties générales on a régulièrement mentionné l'adultère parmi les délits exceptés (5). Justinien a prescrit l'internement de l'épouse adultère dans un couvent (6).

---

(1) Paul, 2, 26, 14 pour l'adultère; *Inst.*, 4, 18, 4 pour le *stuprum*.

(2) *Inst.*, *loc. cit.*; cpr., *Dig.*, 48, 19, 6, 2.

(3) *Cod.*, 2, 4, 18. 9, 9, 9. Ce que Paul, 5, 4, 14 = *Dig.*, 47, 11, 1, *pr.* 2, rapporte pour des cas voisins implique aussi la peine capitale. Chez Apulée, *Met.*, 9, 32, la *juris severitas* est sans doute également la peine capitale. Toutefois, on s'est certainement souvent contenté de la déportation; Marcien, *Nov.*, 9, blâme un de ses fonctionnaires qui en matière d'adultère avait condamné à la relégation au lieu de prononcer la peine de la déportation (Cpr. *Dig.*, 48, 5, 12, *pr.*).

(4) *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29, 4; de même Justinien, *Inst.*, 4, 8, 14 (où cette mesure est rattachée par voie d'interpolation à la loi *Julia*) et *Nov.*, 134, 10. Constance (*C. Th.*, 11, 36, 4) exige même la mort par submersion ou par le feu. Ammien, 28, 1, 16, nous rapporte que Valentinien fit exécuter un sénateur pour ce motif. Edit de Théodoric, 38. 39.

(5) *C. Th.*, 9, 38, tout d'abord dans la constitution de Constantin de 322. Le *stuprum* apparaît à côté de l'adultère dans la constitution de 384 (*C. Th.*, 9, 38, 7) et a été ajouté par Justinien dans la constitution au *C. Th.*, 9, 38, 8 = *C. Just.*, 1, 4, 3.

(6) *Nov.*, 117, 8.

3. Proxénétisme (*Lenocinium*).

Nous réunissons ici une série d'actes qui favorisent le *stuprum* et l'adultère et qui peuvent être considérés comme une assistance prêtée à l'accomplissement de ces délits ou comme un acte accessoire qui les accompagne ; nous les groupons sous le nom de proxénétisme (*lenocinium*) donné par la *lex Julia de adulteriis* au plus grave de ces actes (1). Ceux-ci sont :

1. le fait par l'un des époux de tirer un profit du manque- (700)
ment à la chasteté commis par son conjoint (2) ;

2. le fait de prêter sa propre maison pour des rencontres en vue d'actes sexuels punissables (3). Cette règle s'étend à la pédérastie (4) ;

---

(1) *Lenocinium*, proxénétisme, désigne le fait de tirer un profit de la mauvaise conduite de tierces personnes. En lui-même il est une profession honteuse, mais n'est pas défendu. Il fut d'ailleurs une source importante de revenus pour l'État, lorsque sous l'Empire on le soumit à des impôts. Les mesures de police prises pour limiter l'exercice de cette profession n'appartiennent pas au droit pénal. Abstraction faite d'interventions isolées du gouvernement en qualité d'autorité suprême dans le domaine de la police des mœurs (Suétone, *Tib.*, 35), la vente de femmes esclaves à des proxénètes n'a été permise par Hadrien que si elle est justifiée d'une manière spéciale (*Vita Hadr.*, 18), elle a été prohibée par Théodose II (*C. Th.*, 15, 8, 2 = *C. Just.*, 1, 4, 12 = 11, 41, 6 et *Nov.* Théodose II, 18). Nous trouvons des constitutions de même tendance sous les noms des empereurs Léon (*C. Just.*, 1, 4, 14 = 11, 41, 7) et de Justinien (*Nov.* 14).

(2) Tryphoninus, *Dig.*, 4, 4, 37, 1 : (*si*) *quaestum de adulterio uxoris fecerit*. *Dig.*, 48, 5, 2, 2. l. 9, *pr.* l. 30, 3. 4. Le proxénétisme du mari engage la responsabilité de ce dernier, mais ne soustrait pas la femme à la peine (*Dig.*, 48, 5, 2, 5. Rescrit du *Cod. greg.*, l. XIV, p. 241, Krüger). A l'inverse, la femme tombe sous le coup de la peine du *lenocinium*, si elle tire un profit de l'adultère de son mari (*Dig.*, 48, 5, 34, 2). — Cette répression ne peut pas être étendue au père qui prostitue sa fille, ni à aucun autre fait de proxénétisme, bien qu'un pareil acte soit puni comme assistance donnée à un *stuprum*. Théodose II a défendu la vente de la fille faite par le père à un proxénète de profession en même temps qu'il formulait une prohibition identique pour la vente des esclaves du sexe féminin faite dans le même but (n. 1).

(3) Tryphoninus, *Dig.*, 4, 4, 37, 1 : *si domum praebuerit ad stuprum adulteriumve in ea committendum*. *Dig.*, 48, 2, 3, 3. tit. 5, 9. l. 10. l. 11, 1. l. 33, 1. Le fait d'accepter de l'argent pour se taire (*Dig.*, 48, 5, 11, 1 ; cpr. *Cod.*, 9, 9, 10) est également puni comme proxénétisme.

(4) *Dig.*, 48, 5, 9, *pr.*

3. le fait par le mari qui saisit le complice de sa femme en flagrant délit d'adultère de le laisser aller et de ne pas divorcer (1);

4. le fait d'accepter (2) ou de provoquer (3) un dédommagement pécuniaire pour que l'action d'adultère ne soit pas exercée;

5. la transaction sur l'abandon d'une action d'adultère déjà engagée (II p. 398 n. 6);

6. la conclusion d'un mariage avec une femme condamnée pour cause d'adultère ou de *stuprum* (4).

(701) Pour la procédure, la règle de la prescription quinquennale s'applique; quant à la peine on observe ici en principe les mêmes règles qu'en cas d'adultère.

4. Mariage déshonorant.

La législation d'Auguste sur le mariage a frappé de la peine d'une intestabilité relative s'étendant aux rapports des deux personnes unies tout citoyen romain qui contracte sciemment un mariage considéré comme déshonorant, soit parce que la femme ne possède pas les droits de l'honorabilité civique, soit parce qu'il s'agit d'un sénateur qui épouse une affranchie (5).

---

(1) Paul, *Dig.*, 48, 2, 3, 3 : *quod adulterum deprehensum dimiserit.* Tryphoninus, *loc. cit.* : *si in adulterio deprehensam uxorem non dimiserit.* Paul, 2, 26, 8 = *Coll.*, 4, 12, 1. *Dig.*, 48, 5, 2, 2-6. l. 30, *pr.* l. 34. *Cod.*, 9, 9, 11. c. 25. La connaissance et la tolérance de ces faits ne rendent pas le mari punissable en droit (*Dig.*, 48, 5, 2, 3; constitution plus sévère : *Cod.*, 9, 9, 17). Le pouvoir censorial est naturellement plus étendu que le pouvoir répressif (par exemple, Suétone, *Dom.*, 8).

(2) Tryphoninus, *loc. cit.* : *si pretium pro comperto stupro acceperit. Dig.*, 4, 2, 8. 48, 2, 3, 3. tit. 5, 30, 2.

(3) Scaevola, *Dig.*, 48, 5, 15 *pr.* : *is cujus ope consilio dolo malo factum est, ut vir feminave in adulterio deprehensi pecunia aliave qua pactione se redimerent. Dig.*, 48, 5, 33, 1.

(4) Tryphoninus, *loc. cit.* : *si adulterii damnatam sciens uxorem duxerit. Dig.*, 23, 2, 26 (lecture incertaine). 25, 7, 1, 2. 48, 5, 12, 13. l. 30, 1. *Cod.*, 9, 9, 9, c. 17. Il n'est pas dit qu'une peine plus étendue atteigne aussi la femme dans ce cas. Cpr. II p. 414 n. 1.

(5) Ulpien, 16, 2 : *aliquando* (*conjuges*) *nihil inter se capiunt, id est si contra legem Juliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit aut libertinam senator. Dig.*, 23, 2, 44.

Constantin I a renouvelé cette prescription pour les personnes de condition, même pour celles des municipes (1). Au moins à l'époque postérieure, on a également aussi traité comme nul le mariage conclu contrairement à ces prohibitions. Mais le mariage déshonorant ne donne pas lieu à une répression proprement dite et il suffira de le mentionner brièvement en droit pénal, surtout parce qu'un exposé détaillé de cette question ne pourrait être fourni que dans un traité d'ensemble du droit matrimonial impérial.

5. Bigamie.

Le mariage romain ayant été de tout temps et à toutes les époques soumis à la loi de la monogamie, aucun des époux ne peut pendant la durée d'un mariage en contracter un autre et tout acte contraire à cette règle est juridiquement inefficace. Du reste, même si cet acte est accompli par une personne qui a connaissance du mariage existant, il reste impuni d'après le droit de la République et du début de l'empire, tant qu'il ne constitue pas un adultère. Dioclétien (I p. 140 n. 5) le premier a puni le double mariage comme délit indépendant, principalement, semble-t-il, pour faire disparaître la polygamie là où les sujets de l'empire la pratiquaient conformément à des statuts locaux. La constitution de cet empereur a laissé la fixation de la peine à l'appréciation de l'autorité compétente.

6. Le Rapt.

Le rapt d'une femme ou d'un homme, lorsqu'il n'est pas punissable comme violence (II p. 385 n. 6), peut donner lieu à une poursuite du père ou du mari par l'action d'injure à raison de l'offense qui atteint personnellement ces derniers; mais il n'a pas été puni comme crime public avant Constantin. Cet empereur est le premier (2) qui ait introduit en droit pénal comme crime (702)

(1) *C. Th.*, 4, 6, 2. 3 (= *C. Just.*, 5, 27, 1). *Nov.* Marcien, 4. *Nov.* Justinien, 89.

(2) *C. Th.*, 9. 24, 1, de l'année 320 = Edit de Théodoric, 17-19. 92. Justi-

indépendant le rapt d'une femme libre, mariée ou non, en vue de rapports sexuels, que ceux ci revêtent ou non la forme du mariage. Le crime est exclu, lorsque les père et mère (1) ou les autres parents de la personne ravie ont donné leur consentement à l'acte; l'élément essentiel du délit réside dans ce fait que la personne ravie est parvenue aux mains du ravisseur contre la volonté de ses proches. Vis-à-vis du ravisseur, il est indifférent que la personne ravie ait consenti ou non; le seul effet de ce consentement est de faire encourir à cette personne une peine à l'instar de celle qui frappe le ravisseur (2). Au crime que nous venons de décrire, on a assimilé à l'époque chrétienne le rapt d'une vierge ou d'une veuve qui a fait vœu de chasteté, lorsqu'il a lieu contre la volonté de la personne ravie; on a bientôt étendu cette règle au cas où le rapt a lieu avec le consentement de la personne ravie, mais contre la volonté des supérieurs ecclésiastiques (3). — La répression consiste dans une peine capitale rigoureuse (4); le crime est d'ailleurs puni

---

nien la remplace par la constitution du *C. Just.*, 9, 13, 1 (= 1, 3, 53 = *Inst.*, 4, 18, 8. Cpr. *Nov.* 143).

(1) La loi de Constantin punit à vrai dire les parents eux-mêmes, *si patientiam praebuerint.* Cpr. *Cod.*, 9, 13, 1, 3 c.

(2) La prescription absurde de Constantin, d'après laquelle la personne ravie était punissable même en cas de rapt contre son gré, bien que dans une mesure moindre, a été supprimée par Justinien.

(3) La plus ancienne constitution qui mentionne le rapt de nonnes est celle de Constance II de 354 (*C. Th.*, 3, 25, 1). La prohibition n'a, du moins au début, visé que le rapt qui a lieu contre la volonté de la personne ravie, mais, dans son développement postérieur, le droit n'a pas tardé à aller plus loin (cpr. *Cod. Just.*, 9, 13, 1, 3 a. 3 b; *Nov. Marciani*, 6; *Nov. Just.*, 123, 43).

(4) Il ne paraît pas nécessaire d'exposer ici les différentes aggravations de peine contenues dans ces constitutions. Nulle part, le luxe des peines ne s'est montré d'une façon plus déraisonnable que dans la loi de Constantin sur le rapt. Constance atténue ces rigueurs (*C. Th.*, 9, 13, 2). Julien déclare illégale la condamnation à mort prononcée dans de tels cas (Ammien. 16, 5, 12), mais ses successeurs immédiats se laissent de nouveau entraîner par les élans d'une pieuse cruauté (Jovien, *C. Th.*, 9, 25. 2 = *C. Just.*, 1, 3, 5; Sozomène, *Hist. eccl.*, 6, 3) et cette tendance persiste pendant toute la période postérieure. Justinien, poussé par sa sévérité pour le maintien des bonnes mœurs, a même prohibé le mariage entre le ravisseur et la personne ravie.

à tous égards de la manière la plus sévère (1) ; toutefois l'action s'éteint par l'expiration d'un délai de cinq ans (2).

7. Pédérastie.

L'abus d'une personne de sexe masculin pour des plaisirs charnels (3) a été, à l'époque républicaine, réprimé peut-être plus sévèrement que les actes impudiques commis avec des femmes. Abstraction faite de la discipline domestique, qui naturellement s'étendait à de tels actes (4), de l'action publique de violence et de l'action privée d'injure qui étaient possibles lorsque leurs conditions d'exercice étaient réunies, on est intervenu contre ceux qui abusaient ainsi d'un ingénu, comme contre la prostitution, par voie de procédure édilicienne-comitiale (5). A la fin de la République et au début de l'Empire, la pédérastie a été, comme le rapt d'hommes, punie, sur le fondement d'une loi Scantinia (703)

---

(1) Cette sévérité se manifeste notamment dans les constitutions d'amnistie (*C. Th.*, 9, 38) ; on a coutume de priver du bénéfice de l'amnistie non seulement ceux qui se sont rendus coupables d'un crime de lèse-majesté et les meurtriers, mais aussi les ravisseurs.

(2) *C. Th.*, 9, 24, 3 (= *Ed. Theoderici*, 20). Cette constitution n'a pas été admise par Justinien dans son Code.

(3) En latin, la pédérastie est rangée dans le *stuprum*, mais l'espèce de *stuprum* est déterminée par une addition, par exemple par l'adjonction des mots *cum masculo* (*Dig.*, 48, 5, 9, *pr.* cpr. 35, 1).

(4) Val. Max., 6, 1, 5. Dans la discipline domestique, la pédérastie est réprimée par le *supplicium fustuarium* (Polybe, 6, 37, 9).

(5) Val. Max., 6, 1, 3 : *M. Claudius Marcellus* († 546/208) *aedilis curulis C. Scantinio Capitolino tribuno pl. diem ad populum dixit, quod filium suum de stupro appellasset.* Plutarque, *Marc.*, 2, fait de l'accusé un édile et fait porter l'action devant le Sénat. Si, d'après le récit d'époque indéterminée contenu chez Val. Max., 6, 1, 10, un magistrat inférieur arrête un citoyen pour cause de pédérastie avec un ingénu ; si les tribuns de la plèbe et le Sénat laissent continuer l'incarcération, bien que le détenu offre de prouver que la personne dont il a abusé était par profession un enfant de plaisir et si le détenu termine sa vie en prison (*in carcere mori coactus est*), il n'y a là à vrai dire qu'une procédure administrative, mais ce récit rend cependant vraisemblable la conjecture d'après laquelle une procédure criminelle devait être en pareil cas légalement permise. — Dans les cas peu certains de répressions d'actes de pédérastie tentés ou consommés qui nous sont rapportés pour le v^e^ siècle de la fondation de Rome (cpr. II p. 261 n. 1), il faut tenir compte, en dehors de la pédérastie, d'une part de la violence commise, d'autre part du rapport de subordination militaire.

de date indéterminée (1), d'une amende de 10.000 sesterces. La peine atteint en première ligne celui qui abuse ainsi d'un ingénu (2), mais elle frappe peut-être aussi celui qui laisse abuser
(704) de la sorte de sa personne. La forme du procès ne nous est pas indiquée; celui ci a vraisemblablement été porté comme action populaire d'amende devant le tribunal civil (3). — La législation d'Auguste, abstraction faite du cas mentionné à propos du proxénétisme (II p. 427 n. 4), ne semble pas avoir visé la pédérastie (4); la législation de Justinien au contraire l'a rangée parmi les crimes contraires à la chasteté (5). La dernière période a encore donné ici à son zèle de moralisation une expression barbare. En cas de délit consommé, celui qui abuse est frappé de la peine de mort (6), celui dont on a abusé perd la

---

(1) Caelius chez Cicéron, *Ad fam.*, 8, 12 (de 704/50) : *quibus* (ses adversaires politiques) *cum parum procederet, ut ulla lege mihi ponerent accusatorem, compellari ea lege me voluerunt qua dicere non poterant* (cela signifie sans doute qu'ils ne pouvaient pas décemment l'invoquer, car elle s'appliquait à eux-mêmes)... *summis circensibus... postulandum me lege Scantinia curant. Vix hoc erat Pola elocutus, cum ego Appium censorem eadem lege postulavi. Ibid.*, 8, 14 : *haec risum veni, legis Scantiniae judicium apud Drusum* (qui n'est pas autrement connu) *fieri.* Suétone, *Domit.*, 8 (entre l'adultère et l'inceste) : *quosdam ex utroque ordine lege Scantinia condemnavit.* C'est chez Juvénal, 3, 44 et Ausone, *Epigr.*, 91 que son rapport avec la pédérastie est le plus nettement indiqué. Cette loi est encore mentionnée chez Tertullien, *De monog.*, 12 et Prudence, *Peristeph.*, 10, 204.

(2) Quintilien, *Inst.*, 4, 2, 69 : *ingenuum stupravit... stuprator... decem milia, quae poena stupratori constituta est, dabit.* 7, 4, 42, ou, d'après la rédaction, cette peine est infligée par voie de procédure civile. Sénèque, *Contr.*, 4, *praef.*, 1 : *impudicitia in ingenuo crimen est.* L'âge de l'enfant excluait naturellement la punissabilité.

(3) Les indications que nous trouvons chez Caelius n'impliquent pas nécessairement qu'il y ait une *quaestio* proprement dite; Drusus peut être le préteur urbain.

(4) Du moins, dans la littérature juridique antérieure à Justinien, on ne trouve aucune allusion à la législation d'Auguste en dehors des textes des *Dig.*, 48, 5, 9, *pr.* l. 35, 1, qui sont insuffisants pour établir un lien entre cette législation et la pédérastie.

(5) *Inst.*, 4, 18, 4.

(6) Paul, 5, 4, 14 = *Dig.*, 47, 11, 1, 2 : *qui puero praetextato* (par conséquent pas les esclaves et affranchis) *stuprum aliudve flagitium abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit... perfecto flagitio capite punitur, imperfecto in insulam deportatur* : *corrupti comites* (le degré de la peine indique des esclaves et des affranchis) *summo supplicio afficiuntur.*

moitié de son patrimoine (1). Constance a même prescrit la peine de mort contre ce dernier (2).

---

(1) Paul, *Coll.*, 5, 4, 2 : *qui voluntate sua stuprum flagitiumque impurum patitur, dimidia parte bonorum suorum multatur. Just.*, *Inst.*, 4, 18, 4, reproduit cette règle comme une disposition de la *lex Julia* sur le mariage. La *Nov.* 141 est une constitution de Justinien contre la pédérastie.

(2) *C. Th.*, 9, 7. 3 = *C. Just.*, 9, 9, 30.

FIN DU TOME DEUXIÈME

TABLE DES MATIÈRES

DU TOME DEUXIÈME

LIVRE III

LA PROCÉDURE PÉNALE

Pages.

SECTION I. — **Les Formes de la Procédure Pénale** 1

Formes principales de procédure, 1. — Procédure de la *cognitio*, 3. — Développement de la procédure pénale comitiale, 4. — Insuffisance de cette procédure, 5. — Naissance de la procédure d'accusation, 6. — Principe de la procédure d'accusation, 7. — Spontanéité de l'accusation, 9. — La *cognitio* sous le Principat, 10. — Cas de *cognitio* dans le droit pénal de la dernière période, 12. — Situation respective de l'accusation et de la *cognitio* pendant la dernière période, 16.

SECTION II. — **Compétence. Lieu et Temps des Procès** 18

Généralité de la responsabilité criminelle; suspension temporaire de cette responsabilité, 18. — Compétence, 20. — Compétence générale des tribunaux suprêmes, 20. — Limites de compétence pour les *judicia privata* et les *judicia publica*, 21. — Compétence des tribunaux extra-urbains, 23. — *Forum domicilii*, 23. — *Forum delicti*, 24. — Compétence concurrente de plusieurs autorités, 25. — Locaux où siègent les tribunaux, 26. — Publicité de la procédure

Pages.

pénale et son exclusion, 26. — *Basilicae*, 28. — *Tribunalia*, 28. — Procédure *de plano*, 29. — *Auditoria* et *secretaria*, 30. — Temps du procès, 31. — Vacances judiciaires, 31. — Heures des audiences, 32.

SECTION III. — **Les Parties et les Assistants judiciaires dans la Procédure d'Accusation**. 34

L'accusateur comme représentant de la communauté, 34. — Procès d'accusation dans l'intérêt propre de l'accusateur, 35. — Motifs d'ordre général qui excluent le droit d'accusation, 37. — Décision du magistrat sur le droit d'accusation, 41. — Concours des accusateurs, 41. — Règlement de ce concours par le magistrat, 42. — Exclusion de la représentation dans la procédure pénale, 43. — Exclusion d'assistants judiciaires pour l'accusation, 45. — Admission d'assistants judiciaires pour la défense, 45. — Rôle des avocats, 47. — Limites du cumul des actions, 48. — Sa recevabilité en cas d'actions contre la même personne, 48. — Délits de différentes personnes, 49. — Exclusion du cumul des actions dans la procédure d'accusation, 50.

SECTION IV. — **L'Introduction de l'Accusation**. 52

Formation de la demande : *Petitio*, 52. — *Accusatio*, 53. — *Postulatio*, 53. — *Nominis delatio*, 54. — *Inscriptio*, 56. — Serment de *calumnia*, 58. — Liaison de l'instance : *In Jus Vocatio*, 58. — *Sacramentum*, 59. — *Interrogatio lege*, 59. — Suppression de la liaison contradictoire d'instance, 61. — Conséquences et moment de la mise en accusation, 63. — Toilette de deuil, 64. — Délais de l'action pénale, 64. — Conséquences du *reatus* pour les droits honorifiques, 64. — Transmission de l'action pénale aux héritiers, 65. — La *litis contestatio* du droit criminel, 65. — Réglementation par le magistrat de l'instruction préalable menée par l'accusateur, 66. — Constitution de jury, 67. — Serments des jurés, 68. — Fixation du jour de l'audience, 69. — Remise d'audience, 71. — Ordre des procès, 72.

SECTION V. — **Les Moyens de Preuve**. 74

Exclusion de la preuve formelle dans la procédure pénale, 74.

A. *Déclarations et témoignages des personnes libres*. 75

Déclarations des personnes libres, 75. — Interdiction légale d'être témoin, 75. — L'obligation de déposer dans la vieille procédure pénale publique, 78. — Moyens pour contraindre aux déclarations dans la procédure pénale relevant des magistrats, 80. — Interdiction de la torture à l'époque républicaine, 80. — Application de la torture sous le Principat, 81. — Le droit pour l'accu-

Pages.

sateur de citer des témoins, 84. — Témoignage judiciaire et extra-judiciaire, 87.

B. *Dires et quasi-témoignage des esclaves* 88

Déclaration de l'esclave, 88. — Limites dans lesquelles on peut contraindre l'esclave à faire une déclaration, 89. — Interdiction des déclarations d'esclaves au préjudice du maître, 91. — Interrogatoire avec torture usité pour les esclaves, 93.

C. *La perquisition à domicile et la saisie des papiers* 95

Perquisition domiciliaire, 95. — Saisie des papiers d'affaire, 96.

Section VI. — **La Procédure de la Preuve**. 99

Prestation de la preuve dans la procédure d'accusation, 99. — Attitude passive du magistrat et des jurés, 99. — Renouvellement de la procédure de la preuve, 100. — *Ampliatio*, 101. — *Comperendinatio*, 102. — Appel des parties et des jurés, 104. — Les différentes formes d'introduction de la preuve testimoniale, 104. — Discours introductifs des parties, 106. — Délais des discours, 106. — L'éloquence judiciaire comme genre de littérature, 108. — Prestation de la preuve, 109. — Interrogatoire de l'accusé, 109. — Audition des témoins, 110. — Déclaration des esclaves, 111. — Production des titres, 112. — Délais de preuve, 113. — Influence du renouvellement de la procédure de la preuve sur la prestation de celle-ci, 113. — Durée de la procédure, 114.

Section VII. — **La Reddition de la Sentence**. 115

Conviction du juge, 115. — La négation de l'accusé et le serment purgatoire, 117. — L'aveu de l'accusé, 117. — Aveu implicite, 119. — Appréciation des dépositions faites par des tierces personnes, 119. — Délibération avant la reddition de la sentence, 123. — Reddition de la sentence, 125. — Vote oral et vote écrit dans la procédure du jury, 125. — Compte des voix, 127. — Contenu du jugement des jurés, 127. — Le jugement dans la procédure pénale relevant du magistrat, 128. — Acquittement, 131. — Irrévocabilité du jugement dans la procédure d accusation, 132.

Section VIII. — **Obstacles à l'Exercice de l'Action Pénale et à l'Exécution de la Peine** 134

1 *Extinction de l'action pénale au cours du procès (abolitio)* 134

Disparition du juge répressif ou de l'accusateur, 135. — Abandon de l'action pénale, 136. — Suppression légale du procès pénal, 137.

2 *Exemption personnelle de la poursuite pénale* 139

Exemption de la procédure pénale, 139. — Amnistie, 140

Pages.

3 *Le droit d'asile*. 141

L'Asile de Romulus, 141. — Le droit d'asile grec, 143. — Le droit d'asile du culte impérial, 143. — Le droit d'asile chrétien, 145.

4 *L'Intercessio et l'Appellatio de l'époque républicaine*. 146

Notion de l'*intercessio*, 146. — Formes de l'intercession, 148. — Limites de l'*intercessio* en droit pénal, 150. — Réunion de l'intercession et de la réformation à l'époque républicaine, 153.

5 *L'appel de l'époque impériale*. 154

Fondement juridique de l'appel de l'époque impériale, 154. — Limites de l'appel, 155. — Marche de l'appel, 156. — Cassation et réformation résultant de l'appel, 158.

6 *La provocation aux comices ou instance en grâce suspendant l'autorité de chose jugée de la condamnation pénale*. 159

Notion de la provocation aux comices, 159. — Modalités de la provocation aux comices, 161. — Demande de grâce, 163.

7 *La provocation militaire*. 164

Provocation militaire, 164.

8 *La restitutio in integrum*. 166

Dans quels cas la condamnation peut-elle être annulée ? 166. — Procédure de nullité contre la sentence d'un jury, 167. — Rescision légale de la condamnation ayant force de chose jugée, 169. — *Restitutio in integrum* sous le Principat, 171. — Effets de l'*in integrum restitutio*, 173.

9 *Délais de la procédure pénale*. 176

Section IX. — **Peines contre les Accusateurs**. 179

Apparition des peines contre les accusateurs, 179.

1 *Accusation faite sciemment à tort* (*calumnia*). 180

La *calumnia* criminelle, 180. — Notion de la *calumnia*, 181. — Procès de *calumnia*, 182. — Peine de la *calumnia* : infamie, 184. — Talion, 186. — *Calumnia* criminelle en dehors de la procédure pénale ordinaire, 187.

2 *Abandon injustifié de l'accusation* (*tergiversatio*) 188

Abandon de l'accusation, 188. — Procédure, 189. — Peines, 191.

3 *Collusion* (*praevaricatio*). 192

Collusion, 192. — Procédure, 192. — Peines, 193.

Pages.

Section X. — **Récompenses du Dénonciateur et de l'Accusateur** . . 195

Caractère exceptionnel des récompenses pour dénonciation, 195. — Exemption de la peine pour cause de dénonciation, 195. — Récompense de la dénonciation dans le procès criminel, 196. — Récompense du magistrat qui intente le procès pour la communauté, 198. — Récompense du particulier qui intente le procès pour la communauté, 199. — Récompense de l'accusateur dans la procédure d'accusation, 200. — Procédure pour l'attribution des primes, 202.

Section XI. — **Les Procès-Verbaux** 204

Apparition des actes des magistrats, 204. — Nom, 206. — Rédaction des procès-verbaux, 207. — Forme et contenu du procès-verbal, 210. — Conservation des procès-verbaux, 212.

LIVRE IV

LES DIFFÉRENTS DÉLITS

Introduction. 215

Les diverses catégories de délits, 215. — Limites du droit pénal vis-à-vis des autres domaines juridiques, 217. — Les catégories du plus ancien droit pénal, 220. — Valeur des plus anciennes catégories de délits au point de vue du fond et au point de vue procédural, 220. — Les catégories du droit pénal de l'époque postérieure, 222. — Qualités et défauts du droit pénal romain, 225. — Le travail scientifique et le droit pénal romain, 227. — Loi des XII Tables, 228. — Droit prétorien, 228. — Droit civil, 228. — Le travail scientifique et les différentes procédures criminelles, 229. — Ordre dans lequel ces délits nous sont présentés, 230.

Section I. — **Le Crime d'État (Perduellio, Crimen Majestatis imminutae)**. 233

Perduellio, 233. — *Majestas*, 234. — Ἀσέβεια, 236. — Le crime d'Etat dans le très ancien droit romain, 236. — Lois relatives à la *quaestio*, 237. — Rapports du crime d'Etat avec les autres délits, 237. — Complicité, 238. — Consommation du délit, 238. — Eléments du crime d'Etat en général, 239. — Classement des différents cas de crimes d'Etat, 243.

1 *Relations coupables avec l'ennemi* 244

Désertion, 244. — Défection, 245. — Trahison, 245. — Rupture de ban, 247.

Pages.

2 *Renversement de la constitution*. 248

Renversement de la constitution républicaine, 248. — Renversement de la constitution plébéienne, 251. — Tactique de la nouvelle monarchie, 253.

3 *Violation des devoirs incombant aux magistrats et aux prêtres*. . . . 255

Délits des magistrats, 255. — Délits des prêtres, 259. — Délits des mandataires publics, 260.

4 *Violation des devoirs civiques vis-à-vis de l'Etat*. 261

Délits civiques, 261. — Délits militaires, 262. — Sédition, 263. — Autres délits civiques, 266.

5 *Violation des devoirs religieux des citoyens*. 269

Délit de religion de l'époque païenne, 269. — Actes cultuels obligatoires, 270. — Fautes contre la religion nationale et la religion d'empire, 272. — Le judaïsme, 274. — Le christianisme, 278. — Le manichéisme, 280. — Mesures de police contre les abus religieux, 283.

6 *Atteinte à la personne des magistrats de la cité*. 285

Attentats contre la vie des magistrats patriciens ou plébeiens, 286. — Meurtre de l'empereur, 287. — Injures aux magistrats, 287. — Injures à l'empereur, 288.

Autorités compétentes pour le procès de lèse-majesté, 293. — Inégalités de la répression, 295. — Diversité de répression de la perduellion et du crime de lèse-majesté, 296. — Peine du crime d'Etat, 298.

Section II. — **Hérétiques et non Chrétiens**. 303

Abrogation de la religion nationale, 303. — Le christianisme religion d'Etat, 303. — L'Empereur et le gouvernement de l'Eglise, 305. — Vol au regard des temples, 306. — Profanation, 307. — Blasphème, 307. — Le délit de religion contre le christianisme, 307. — La situation privilégiée des chrétiens orthodoxes au point de vue des droits civiques, 309.

1 *Les chrétiens hétérodoxes*. 310

Hétérodoxie, 310. — Conséquences de l'hétérodoxie au point de vue de la théorie des délits, 313.

2 *Les païens*. 316

Le paganisme, 316. — Conséquences du paganisme au point de vue de la théorie des délits, 318. — Procès contre les dissidents, 320.

Pages.

3 *Les juifs*. 321

Le judaïsme de la dernière époque, 321.

Section III. — **Le Meurtre et les Crimes qui lui sont assimilés**. . . 324

Parricidium, 324. — *Homicidium*, 325. — La plus ancienne procédure contre le meurtre, 326. — Le meurtre comme crime public, 326. — *Quaestio* pour le meurtre, 328. — La loi Cornélia sur le meurtre, 328. — Cas exclus de la procédure de meurtre : l'esclave, 329. — L'enfant en puissance, 331. — Légitime défense, 334. — Droit de la guerre, 336. — Meurtres commis à l'étranger, 336. — Absence de protection juridique d'après l'ancien droit, 336. — Absence de protection juridique pour l'ennemi d'après le droit récent, 337. — Absence de protection juridique pour la personne en rupture de ban, 338. — Déserteur, 338. — Exécution capitale, 338. — Mise à mort de l'épouse adultère et de son complice, 339. — Le droit romain développé n'admet pas qu'une personne soit privée de toute protection juridique, 340.

Dolus, 341. — Tentative, 342. — Complicité, 343. — Différentes catégories de délits d'après la loi sur le meurtre, 343.

1 *Meurtre avec violence et vol de grand chemin* (*crimen inter sicarios*). 344

Meurtre avec violence, 344. — Vol de grand chemin, 346. — Procédure de meurtre contre les esclaves de la victime, 346. — Peine du meurtre, 348.

2 *Abus de la procédure capitale*. 348

Violation par le magistrat du droit de provocation, 348. — Abus de droit de la part des jurés, 351. — Abus dans le témoignage, 352.

3 *Veneficium et délits apparentés*. 352

Avortement, 353. — Philtre, 354. — Castration, 354. — Circoncision, 355.

4 *Meurtre par sorcellerie et magie*. 356

Punition des mauvais magiciens, 356. — Eléments du délit de magie, 358. — Peine de la magie, 361.

5 *Le meurtre d'un proche* (*parricidium*). 361

Meurtre d'un proche, 361.

6 *Incendie allumé par malveillance et crime commis à l'occasion d'un naufrage*. 364

Incendie, 364. — Crime commis à l'occasion d'un naufrage, 365. — Formes de la procédure de meurtre, 365. — Procédure de la *cognitio*, 367. — Devoir pour les héritiers d'intenter le procès de meurtre contre les esclaves, 368. — Procédure de *cognitio* en cas

Pages.

de meurtre du maître par ses esclaves, 368. — Peines du meurtre, 369.

Section IV. — **Violence (Vis)** 371

Vis et *Metus*, 371. — Violence permise, 372. — Mesures législatives contre la violence, 372. — Eléments de la violence délictuelle, 375 — Sédition, 377. — Détérioration et appropriation du bien d'autrui avec violence, 380. — Groupement délictuel, 382. — Abus d'une charge ou d'un mandat public, 383. — Séquestration et viol, 385. — Injure faite aux ambassadeurs, 386. — Assistance prêtée en cas de rupture de ban, 386. — Violation de sépulture, 386. — Justice privée, 386. — Action de violence, 387.

Section V. — **Faux et dol** 388

Le dol en droit pénal, 388. — Le faux, 388. — Dol, 389.

1 *Loi des XII Tables* 389

Cas particuliers visés par le très ancien droit pénal, 389.

2 *Faux en matière de testament et de monnaie et délits analogues* . . . 391

La *lex Cornelia de falsis*, 391. — Faux en matière de testament, 392. — Faux en matière de titres, 394. — Falsification de métaux et de monnaie, 395. — Corruption de juges et délits analogues, 397. — Faux en matière de parenté ou de rang, 398. — Faux poids et fausses mesures, 399. — Procès, 400. — Peine, 400.

3 *Corruption en matière de procès* 400

4 *Actions complémentaires pour cause d'injustice (dolus, stellionatus)*. 401

Action privée extraordinaire pour cause de dol, 401. — Action criminelle à raison du stellionat, 404.

Section VI. — **Les Délits sexuels** 406

1 *Relations sexuelles avec des proches (inceste) et infraction aux prohibitions de mariage* 406

Prohibition du mariage entre parents dans le droit primitif, 406. — Les prohibitions de mariage dans le droit postérieur, 408. — Les prohibitions de mariage de l'époque impériale, 409. — Eléments de l'inceste, 412. — Procès d'inceste, 413. — Peine de l'inceste, 413.

2 *Atteinte à la chasteté des femmes (adulterium, stuprum)* 414

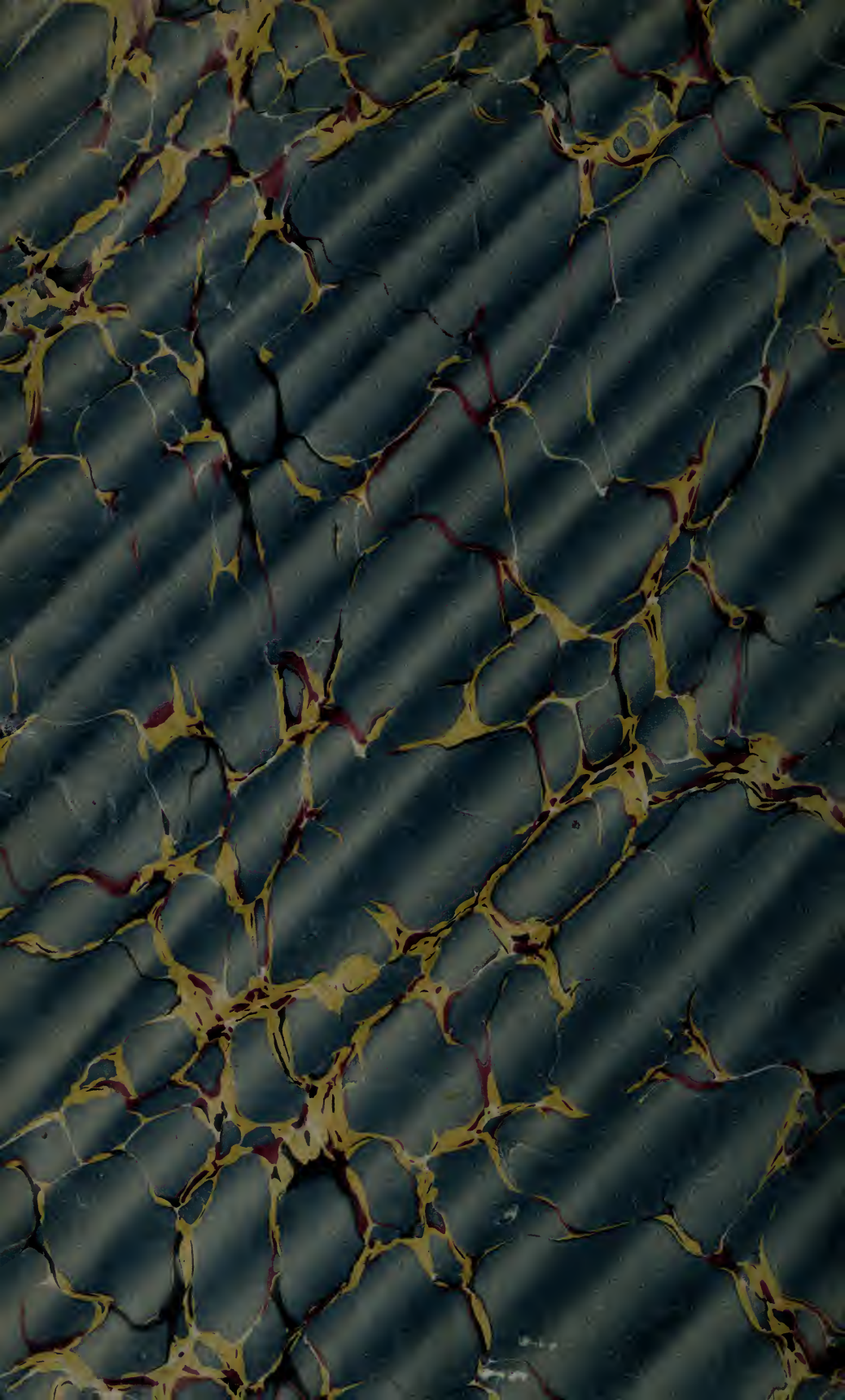
La discipline domestique et la femme romaine, 414. — La procédure privée et publique de l'époque républicaine en matière d'impudicité, 415. — La loi d'Auguste sur l'adultère, 417. — Femmes

Pages.

qui ne sont pas soumises au précepte de la chasteté, 417. — Notion du mariage permis et protégé, 419. — *Stuprum* et *adulterium*, 420. — Eléments des délits, 422. — Procès d'adultère, 422. — Peine de l'adultère, 425.

3 *Proxénétisme* (*lenocinium*) 427
4 *Mariage déshonorant*. 428
5 *Bigamie*. 429
6 *Rapt*. 429
7 *Pédérastie*. 431

Imprimerie Générale de Châtillon-sur-Seine. — A. PICHAT.



DG
77
M564
t.18

Mommsen, Theodor
Manuel des antiquités
romaines

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY